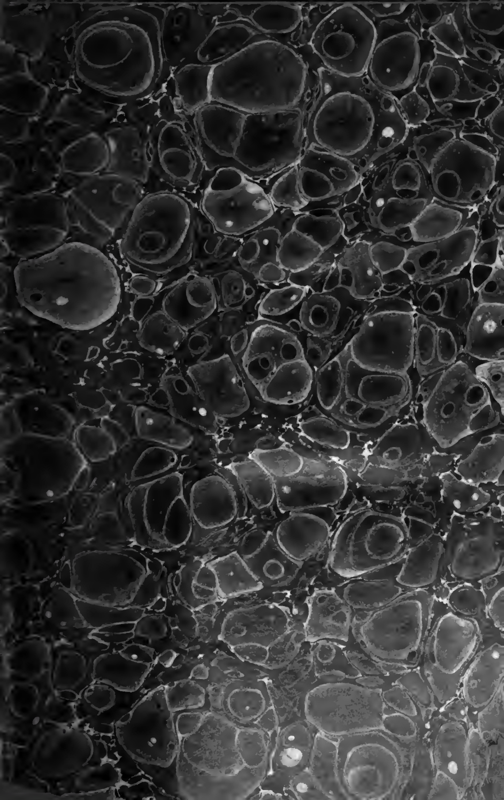






für

Rechtspflege und Verwaltung,

zunächst

für das Königreich Sachsen.

Neue Folge.

Herausgegeben von

Dr. Theodor Tauchnitz.

Funfzehnter Band.

Leipzig,

Verlag von Bernhard Tauchnitz.

1857.

I.

Die Vertheidigung im mündlichen Strafverfahren.

Vom Hrn. Oberappellationsrath Ritter rc. **Dr. Schwarze** in Dresden.

Zu denjenigen Partien der neuen Strafproceßgesetzgebung, welche eine sehr verschiedenartige Beurtheilung erfahren haben, gehören auch die Bestimmungen über die Vertheidigung. Es ist jedoch gerade die Vertheidigung in dem neuen Verfahren besonders begünstigt worden und ihr eine bedeutendere und eingreifendere Wirksamkeit eingeräumt worden, als diejenige, welche ihr in dem zeitherigen Verfahren zugetheilt ist.

Es wird nicht unpassend sein, einen Rückblick auf die gegenwärtige Stellung der Vertheidigung zu werfen. Dieselbe ist in der Entwickelung, welche sie in dem gemeinen deutschen Untersuchungsprocesse erfahren hat, schon vielfach zum Gegenstande der Beschwerde gegen den letzteren gemacht worden.

Das Inquisitionsprincip verpflichtet den Inquirenten, von Amtswegen die für den Angeschuldigten sprechenden Gründe aufzusuchen und zu berücksichtigen. Die Erforschung und Feststellung der Wahrheit, wie sie dieses Princip erfordert, würde ohne eine gleichmäßige Berücksichtigung des Anschuldigungs- und des Entlastungsbeweises eine bloße Redensart sein. Das Gebot der Gerechtigkeit, welches in dieser gleichmäßigen Berücksichtigung seine Anerkennung findet, verlangt gleichfalls, daß die im Strafverfahren thätigen Behörden die Erforschung der Wahrheit, gleichviel ob sie zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten gereicht, zu dem Strebziele ihrer Thätigkeit nehmen. Es ist daher erklärlich, wie es gekommen, daß einzelne Gesetzgebungen, beziehendlich unter ausdrücklicher Hervorhebung dieser Pflicht der Behörden, im

Inquisitionsverfahren dem Angeschuldigten überhaupt nicht die Beiziehung eines Vertheidigers gestatteten.[1] Es mag hier auch jenes Mißtrauen und jene Abneigung gegen rechtsgelehrte Defensoren in Verbindung mit der Furcht vor Verschleifen der Entscheidung mitgewirkt haben, welche uns in den älteren Strafproceßgesetzen häufig begegnet, welche aber auch, wenn man von den mitgetheilten Proben damaliger Vertheidigung auf die Stellung und die Thätigkeit der Vertheidiger überhaupt schließen darf, nicht völlig unverdient gewesen ist. Hieraus erklärt sich ferner, warum einzelne Gesetzgebungen, wenngleich sie die Zulassung eines Vertheidigens im Principe anerkannten, doch dieselbe auf die schwersten Fälle beschränkten und sie in den übrigen Fällen geradezu ausschlossen.

Von Bedeutung für das Werk der Vertheidigung war die damals übliche, in ihrem Werthe oft verkannte Unterscheidung des Verfahrens in die General- und Special-Inquisition. Die Vertheidigung zur Abwendung der letzeren war eine wichtige Begünstigung des Entlastungsbeweises und ein großer Schutz für den Angeklagten. Sie stand jedoch nicht im Einklange mit der Entwickelung, welche der deutsche Untersuchungsproceß genommen. Es kann nicht oft genug daran erinnert werden, daß es weniger das Princip desselben, als die Entwickelung und Ausbildung oder richtiger Verbildung dieses Princips gewesen, welche die Beschwerde gegen das schriftliche Verfahren erzeugte und die Reform des Verfahrens nothwendig machte. Diese Entwickelung führte zu einer immer weiter um sich greifenden Beschränkung der Vertheidigung. Sehr bezeichnend für die Mißgunst, mit welcher die Vertheidigung angesehen wurde, ist die, auf die Specialinquisition bezügliche Bestimmung der Hannöv. Criminalinstruction Cap. IV. §. 26. und die ihr gegebene Auslegung.[2] Es heißt daselbst: „Nachdemmahlen aber die Erfahrung vielfältig bezeuget, daß die Inquisiten gemeiniglich hierbei nichts anderes suchen, als nur von denen wider sie vorhandenen Indiciis Nachricht zu erhalten, so sollen denen Beschuldigten, damit er sich nicht auf Unwahrheiten und allerlei Ränke, seine Thaten zu verbergen,

1) vgl. den Bayer. Criminal-Coder v. J. 1751 Thl. II. Cap. 5. §. 19 und das Oester. Gesetzbuch v. J. 1803 §. 337.

2) vgl. hierüber Zachariä, die Gebrechen und die Reform rc. S. 150 flg.

gefaßt machen könne, die bei der Generalinquisition geführte Protocolle und Acten, in vorberührten Fällen nicht zur Einsicht vorgelegt werden." Diese Bestimmung wurde in der Hannöver. Praxis auch auf den Vertheidiger angewandt. In anderen Ländern stellte man die Vorlegung der Acten zwar in das Ermessen des Gerichts, verpflichtete jedoch in solchem Falle den Vertheidiger noch besonders und eidlich, daß er von dem Inhalte der Acten seinem Clienten keinerlei Mittheilung machen wolle.

Die beiden naturgemäßen Abschnitte des Verfahrens verloren ihre Bedeutung, als man die Special- oder Hauptuntersuchung nur als eine, der Form wegen nöthige Wiederholung der Generaluntersuchung behandelte. Es bildete sich die, bis in die jetzige Zeit festgehaltene Ansicht, daß die Untersuchung ein ununterbrochenes, aus einer fortlaufenden Reihe von einzelnen Handlungen bestehendes Ganze sei und keinen anderen Hauptabschnitt habe, als den, wo sie als erschöpft erklärt und an den Spruchrichter eingesendet werde.[3] Die Specialinquisition sank zu einem bloßen, ziemlich nutzlosen Schlußverhöre herab und auch dieses wurde auf die schwersten Fälle, zumeist Capitalfälle, beschränkt. Die Trennung der beiden Stadien der Untersuchung wurde in den Lehrbüchern und den sonstigen Schriften über den Criminalproceß noch gelehrt, aber in der Praxis war sie verschwunden. Die Praxis kannte ein unterscheidendes Merkmal beider Stadien nicht mehr, und die Planlosigkeit, mit welcher Untersuchungen eröffnet, fortgeführt und geschlossen, sowie willkürlich in ihrem Gegenstande und ihren Richtungen verändert wurden, tritt uns in den Mittheilungen über die Spruchpraxis ziemlich klar entgegen. Die Klage wird oft gehört, daß bei dieser Planlosigkeit der Untersuchung nicht nur die letztere verschleift werde, sondern auch die Vertheidigung nicht wisse, worauf sie ihre Thätigkeit richten solle, und das erkennende Gericht aus dem Chaos der Untersuchung mit Mühe erst die etwaigen Momente heraussuche, welche bei der Entscheidung in Berücksichtigung kommen könnten. Die äußerlich erkennbare Form ist nicht vorhanden, durch welche die Willkür des Inquirenten in der Richtung seiner Thätigkeit ausgeschlossen und dem Angeklagten die Möglichkeit gewährt werden muß,

---

3) Jagemann, Handbuch der Unters. Kunde §. 62. in Verb. mit Mittermaier, die Lehre von der Vertheidigung S. 18 flg.

gegen eine bestimmte Anschuldigung sich vertheidigen zu können. Es hat nicht an Inquirenten gefehlt, welche in dieser Regellosigkeit des Verfahrens einen Vorzug desselben und zugleich ein vortreffliches Mittel, den Angeschuldigten irre zu führen und in seiner Rechtfertigung sich selbst zu verwickeln, und daher in der Vertheidigung nur eine Störung ihres Planes, welche auf ein möglichst geringes Maß zurückzuführen sei, erblickten. Grade in diesen Punkten ist übrigens das Kanonische Recht, in welchem man mit Unrecht nicht selten die Quelle aller Gebrechen des Strafprocesses findet, dem Angeklagten viel günstiger als der gemeine deutsche Untersuchungsproceß.

Ferner ist hier das Streben des deutschen Inquirenten, ein Bekenntniß des Angeschuldigten zu erlangen, — ein charakteristisches Kennzeichen des deutschen Untersuchungsprocesses — zu erwähnen. Dieses Streben führte nothwendig zu den erwähnten Beschränkungen der Vertheidigung und zur Beseitigung der zu Gunsten derselben noch in der Carolina enthaltenen Bestimmungen. Denn mit der Entwickelung des deutschen Untersuchungsprocesses, welche während der ganzen Dauer der Untersuchung die Mitwirkung irgend einer dritten Person ausschloß und den Bezüchtigten lediglich dem subjectiven Ermessen des Inquirenten überwies, würde die Berechtigung des Vertheidigers, selbst während der Untersuchung das Interesse seines Schützlings zu vertreten, nicht mehr im Einklange gestanden haben. In einer Beiziehung des Vertheidigers vor dem Schlusse der Untersuchung würde das Actengeheimniß verletzt gewesen sein, das man, dem Angeschuldigten wie dem Vertheidiger gegenüber, bis an den Schluß der Untersuchung bewahrte. In ihr würde man eine Gefährdung des Planes der Untersuchung und eine stillschweigende Berechtigung zu Einflüsterungen und Collusionen des Vertheidigers mit dem Angeschuldigten gefürchtet haben. Insbesondere findet man in den Schriften der Strafproceßlehrer des vorigen Jahrhunderts diese Befürchtung bestimmt ausgesprochen und eine frühere Beiziehung des Vertheidigers als unvereinbar mit der Stellung des Inquirenten zum Angeschuldigten in der Untersuchung bezeichnet.

Auf diese Weise ist es gekommen, daß der Werth der Vertheidigung bedeutend gesunken ist und daß — offen gesprochen — die Vertheidigungsschriften selbst sehr häufig das Gepräge der Flüchtigkeit und der Unlust des Verfassers an sich tragen. Er

fühlt, daß er nicht mit der Freiheit und Sicherheit sich bewegen kann, welche zu dem Gelingen einer solchen Arbeit gehört, und daß er nicht in der Lage sich befindet, vollständig übersehen zu können, ob gnügende Momente zur Entkräftung des geführten Schuldbeweises vorhanden seien. Die Thätigkeit des Defensors ist vielmehr gegenwärtig auf die Zusammenstellung der in den Acten enthaltenen Gründe, welche zu Gunsten des Bezüchtigten geltend gemacht werden können, beschränkt, und hat es daher mit einem gegebenen, bereits fertigen Materiale zu thun. Nur selten wird der Vertheidiger bei dem Studium der Acten Veranlassung zu Anträgen auf neue Beweisaufnahmen, insbesondere behufs der Ergänzung der Lücken finden. Er ist nicht im Stande, mit voller Sicherheit die Gesetzlichkeit des Ganges der Untersuchung zu prüfen und Unregelmäßigkeiten und Nichtigkeiten zu entdecken. Er kommt mit seiner Thätigkeit häufig zu spät. Er kann oft die geeigneten Anträge zur Erhebung von Entlastungsthatsachen nicht stellen und einzelne Theile der Beweisaufnahme nicht mehr anfechten, weil die Beweise für erstere nicht mehr zu erlangen sind und weil letzteres, nachdem insbesondre die Zeugen ihre Aussage beeidigt haben und von ihnen nachträglich nicht leicht abgehen werden, vergeblich sein würde. Auf diese Weise ist es wohl gekommen, daß die Vertheidigungsschriften häufig nichts enthalten, was nicht schon der aufmerksame und verständige Richter bei dem Studium der Acten gefunden haben sollte, und daß der Einfluß der Vertheidigung auf die richterliche Entscheidung nicht ein erheblicher genannt werden kann. Es mag auch nicht verkannt werden, daß der Umstand von Einfluß gewesen ist, wie die Vertheidiger nur äußerst selten von der über ihre Vertheidigung ertheilten Entscheidung, insbesondere der der zweiten Instanz, Kenntniß erhalten und somit auch wohl eine gewisse Gleichgiltigkeit bezüglich der Aufnahme, welche ihre Arbeit bei den Spruchbehörden findet, sich einstellt.

Der Verfasser ist bei dieser Kritik des jetzigen Verfahrens keineswegs in der Ansicht befangen, als ob die Vertheidigung gleichsam eine systematische Opposition gegen den Untersuchungsrichter enthalte und jedes Mittel zulässig sei, durch welches die Vertheidigung die Thätigkeit des letzteren, soweit sie auf Herstellung des Schuldbeweises gerichtet ist, zu vereiteln im Stande sei. Der Verfasser ist vielmehr der Ansicht, daß auf die Ver-

theidigung nur die Herstellung der Wahrheit zum Strebziele ihrer Thätigkeit nehmen dürfe. Wird gleich selbstverständlich sie vorzugsweise auf die Feststellung des Entlastungsbeweises gerichtet sein, so soll sie doch bei derselben nur redlicher Mittel sich bedienen und nur die Wahrheit zu erforschen bemüht sein. Es ist ein unwürdiges Verfahren einzelner Vertheidiger, unbestrittene Thatsachen durch unwahre Verdächtigung der betreffenden Beweismittel beseitigen zu wollen und das Verfahren wegen völlig unerheblicher und unwesentlicher Formwidrigkeiten als nichtig anzufechten. Es ist nicht minder zu mißbilligen, wenn Vertheidiger aus völlig unzureichenden Gründen und bisweilen nur in der unverkennbaren Absicht, dem einmal übernommenen Auftrage zu genügen und einige Seiten voll zu schreiben, Herabsetzung der in erster Instanz erkannten Strafe, oft selbst unter absichtlicher Nichtachtung der einschlagenden strafgesetzlichen Vorschriften, beantragen. Dennoch trägt auch hier das schriftliche Verfahren einige Schuld. Die Stellung, welche es dem Vertheidiger angewiesen, begünstigt dergleichen Mißbräuche und beschränkt ihn in den Mitteln und dem Streben nach einer würdigeren Erfüllung seiner Pflicht.

Das mündlich-öffentliche Strafverfahren bietet dagegen der Vertheidigung eine würdigere Stellung und einflußreichere Wirksamkeit dar.

Dasselbe hat die, der Eintheilung in General- und Special-Inquisition zu Grunde liegende Idee wieder aufgenommen. Indem es die Feststellung des Thatbestands und die vorläufige Sammlung der Beweise als Aufgabe für die Voruntersuchung bestimmte und daher dieser nur einen vorbereitenden Charakter zugestand, hat es die eigentliche Untersuchung, deren Ergebnisse für die Entscheidung in der Hauptsache maßgebend sein sollen, in die Hauptverhandlung gelegt. Die letztere ist sonach keineswegs ein Schlußverhör im Sinne des gemeinen Strafprocesses und ebensowenig eine Recapitulation der Voruntersuchung. Im Gegentheile würde der Charakter der Hauptverhandlung verkannt und der Nutzen derselben verkümmert werden, wenn die Voruntersuchung mit der Umständlichkeit, welche bei unsrer jetzigen Untersuchungsführung die Regel bildet, geführt und bereits in der Voruntersuchung der Beweis vollständig erhoben würde. Es

kann nicht genug erinnert werden, daß wie bereits gegenwärtig oft die Untersuchung unnützer Weise in einer wahrhaft ermüdenden Weise bis in die kleinsten Nebenumstände der zur Sprache gekommenen Thatsachen sich vertieft und hierfür einen unverhältnißmäßigen, besser verwendbaren Aufwand an Zeit und Kraft beansprucht, so künftig die jetzt noch mögliche Rechtfertigung solchen Verfahrens, die man in dem Wunsche nach größter Vollständigkeit und völliger Spruchreife findet, nicht mehr zuläßig und eine nach gleicher Maxime geführte Voruntersuchung gerechtem Tadel ausgesetzt sein würde. Die Spruchreife soll durch die Hauptverhandlung erzielt werden und die Voruntersuchung soll in der Sammlung der Beweise nur soweit vorgehen, um über die Fortstellung der Untersuchung entscheiden und im Falle der Fortstellung einige Sicherheit für die ununterbrochene Abhaltung der Hauptverhandlnng gewähren zu können.

Die Vertheidigung ist in der Hauptverhandlung unmittelbar und fortdauernd thätig. Sie überwacht den Gang derselben bezüglich der formellen Giltigkeit und der Unparteilichkeit des Gerichts, — sie sorgt für die genaue Feststellung der den Entlastungsbeweis betreffenden Thatsachen und für die vollständige Erhebung aller strafausschließenden und strafmindernden Momente, und ist im Stande, in jedem Augenblicke der Beweisaufnahme und auf Grund der Gestaltung derselben, die Interessen des Angeschuldigten zu wahren. Diese unmittelbare Betheiligung bei der Beweisaufnahme sichert der Vertheidigung eine bedeutende Wirksamkeit und gewährt dem Vertheidigungsbeweise gleiche Berechtigung, wie dem Anschuldigungsbeweise.

Durch diese Theilung der Untersuchung in zwei Abtheilungen und das Attribut der Mündlichkeit für die Hauptverhandlung wird daher auch die Vertheidigung wesentlich begünstigt. Sie hat gleichfalls mit in das Auge zu fassen, daß der Charakter der Hauptverhandlung, gegenüber der Tendenz der Voruntersuchung, gehörig erkannt und im Interesse des Angeklagten sorgsam bewahrt werde. Eine Verwischung dieses Charakters bei ungebührlicher Ausdehnung der Voruntersuchung würde insbesondere die Interessen der Vertheidigung benachtheiligen und die Wirksamkeit derselben in der Hauptverhandlung erschweren.

Wird hiernach in der Zulassung des Vertheidigers bei der

mündlichen Hauptverhandlung die Berechtigung der (formellen) Vertheidigung anerkannt, bei der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte die Interessen des Bezüchtigten zu vertreten, so ist auch von den meisten Gesetzgebungen die Zulassung des Vertheidigers **von der Rechtskraft der Entscheidung an** gestattet, **durch welche die Verweisung des Angeschuldigten zur Hauptverhandlung ausgesprochen worden ist.**

Allein die Königl. Sächsische Strafproceßordnung ist der Vertheidigung noch günstiger. Es ist eine in den Ländern des öffentlich-mündlichen Verfahrens vielfach gemachte Erfahrung, daß der völlige Ausschluß der Vertheidigung bei der schriftlichen Voruntersuchung nachtheilig auf die spätere Erhebung des Entlastungsbeweises einwirkt. Der ursachliche Zusammenhang dieses Nachtheils mit jenem Ausschlusse ist leicht erkennbar. Die Vorbereitung der Hauptverhandlung muß, so wenig sie auch ihren vorbereitenden Charakter verläugnen darf, auf den Anschuldigungs-, wie auf den Entschuldigungs-Beweis Rücksicht nehmen. Diese Rücksicht wird bisweilen nicht gleichmäßig in Obacht genommen, zumal die Ansicht nicht selten vertreten wird, daß die Voruntersuchung und das Anklagerkenntniß vorzugsweise den Belastungsbeweis berücksichtigen müsse, während in der Hauptverhandlung selbst genügende Gelegenheit zur Vorführung des Entlastungbeweises geboten sei. Es wird hierdurch in die Voruntersuchung eine Einseitigkeit hineingetragen, welche weder mit dem Charakter einer gehörigen Vorbereitung der Hauptverhandlung, noch auch mit dem Charakter der letzteren vereinbar ist. Die Königlich Sächsische Strafproceßordnung ist in den allgemeinen Vorschriften der Art. 3. ff. einer solchen irrigen Auffassung der Voruntersuchung entgegengetreten. Sie hat aber zugleich, obschon in beschränkter Maße, die Vertheidigung bereits während der Voruntersuchung zugelassen. Diese Beschränkungen werden durch den Charakter der Voruntersuchung als einer vorläufigen, überdieß geheim und schriftlich geführten Vorbereitung der eigentlichen Untersuchung gerechtfertigt und sind, genau genommen, keine anderen, als welche der Vertheidigung im zeitherigen Verfahren, **jedoch bis zum Schlusse der Untersuchung**, auferlegt worden waren. Die Einsicht der Acten und die Unterredung mit dem verhafteten Angeschuldigten ist dem Vertheidiger in gleicher Maaße, wie es zeither der Fall gewesen, gestattet, während andere Gesetzgebungen beides, insbe-

sondere die Einsicht der Acten, bis zum Schlusse der Voruntersuchung und selbst bis zur Rechtskraft des Verweisungserkenntnisses unbedingt verbieten. Diese Beschränkungen erstrecken sich überdieß (nach unserer Strafproceßordnung) meistentheils nur bis zu dem Schlusse der Voruntersuchung und der Bekanntmachung (nicht der Rechtskraft) des Verweisungserkenntnisses. Der Vertheidigung ist hier die Möglichkeit gegeben, bereits gegen das Verweisungserkenntniß die Rechtsgründe geltend zu machen, welche zu Gunsten des Angeklagten und zur Beseitigung der Untersuchung selbst vorhanden sind.

Wir wollen nunmehr versuchen, einige Andeutungen über die zweckmäßige Art und Weise, wie der Vertheidiger im mündlichen Strafverfahren seine Aufgabe zu erfüllen habe, zu geben.[4]

Die Wahl der Beweismittel für die Hauptverhandlung ist hier zunächst ins Auge zu fassen. Sie ist von entscheidender Wichtigkeit. Es läßt sich behaupten, daß häufig von dieser Wahl der Ausgang der Untersuchung abhängt. Die Wahl wird von dem Plane bedingt, welchen die Anklage und die Vertheidigung bei der Hauptverhandlung zu nehmen gedenken. Sie ist daher ebenso einflußreich, wie gegenwärtig der Plan, welchen der Inquirent bei Führung der Untersuchung verfolgt.

In mehreren Gesetzgebungen ist die Wahl der Beweismittel ausschließlich der Staatsanwaltschaft übertragen und derselben nur zur Pflicht gemacht, bei dieser Wahl das Interesse des Entlastungsbeweises mit zu berücksichtigen. Der Angeklagte hat daher Anträge auf Vervollständigung der Beweismittel bei dem Staatsanwalte zu stellen. Hat sich nun gleich in jenen Ländern, wo diese Bestimmung gilt, die Praxis gebildet, daß der Staatsanwalt nicht leicht derartige Anträge zurückweist, um nicht den Vorwurf der Parteilichkeit auf sich zu laden, so hat doch auch hier unser Gesetz einen höheren Gesichtspunkt gewählt und nicht nur dem Gerichtsvorsitzenden die Verpflichtung auferlegt, die von dem Staatsanwalte übergebene Liste im Interesse des Entlastungsbe-

---

4) Die vortreffliche Abhandlung Mittermaiers im Magazin f. d. badische Rechtspflege Bd. I. S. 230 flg. 412 flg. (ein Auszug aus derselben befindet sich in Schletters Jahrb. d. deutschen Rechtsw. Bd. I. S. 262 flg.) bezieht sich hauptsächlich auf die Stellung des Vertheidigers bei Geschwornengerichten, enthält aber auch sehr schätzbare allgemeine Bemerkungen.

weises zu prüfen und nach Befinden zu vervollständigen[5], sondern auch dem Angeklagten das Befugniß eingeräumt, Anträge auf Vervollständigung bei dem Gerichtsvorsitzenden zu stellen.[6] Dem Antrage soll entsprochen werden, wenn dem Vorsitzenden die Gewährung für die bessere Aufklärung der Sache förderlich erscheint. Wird dem Antrage nicht entsprochen, so kann der Angeklagte noch die Vorladung ꝛc. verlangen, wenn er die Kosten derselben und die Kosten für die Entschädigung der Zeugen und Sachverständigen erlegt, oder soweit letztere anlangt, den Verzicht der Zeugen und Sachverständigen auf dieselbe sofort beibringt, vorausgesetzt, daß die Vorladung dieser Personen nicht mit einer ungerechtfertigten Verzögerung der Hauptverhandlung verbunden ist.

Der Vertheidiger kann bei diesen Anträgen eine einflußreiche Thätigkeit entwickeln. Es ist hier die Unterredung desselben mit dem Angeklagten (Art. 42. Abs. 2.) von Wichtigkeit. Dieselbe wird überhaupt häufig in ihrem Werthe nicht gehörig erkannt. Sie soll nicht nur den Vertheidiger mit dem Angeklagten näher bekannt machen und das gegenseitige Verständniß erleichtern, welches zu einer raschen und sachgemäßen Behandlung und Erledigung der Vorbereitung der Hauptverhandlung und somit dieser selbst wesentlich beiträgt, sondern auch den Vertheidiger in der Sammlung der Materialien für die Vertheidigung unterstützen. Ein paar allgemeine, stereotyp gewordene Fragen des Vertheidigers an seinen Clienten reichen freilich nicht hin. Der Verf. erinnert sich selbst an Fälle, bei denen der Vertheidiger erst bei der Hauptverhandlung erkannte, daß er bei der Vorbereitung wesentliche Umstände nicht gehörig gewürdigt habe und seine Vertheidigung daher in ihrer Anlage mangelhaft sei. Eine ihrem Zwecke entsprechende Unterredung setzt ein gründliches Studium der Acten voraus. Nur, wenn der Vertheidiger auf Grund derselben den Angeschuldigten über die einzelnen in Betracht kommenden Anschuldigungsthatsachen und über etwaige Vertheidigungsmomente selbst befragen kann, wird er im Stande sein, die Vertheidigung gehörig vorzubereiten. Bei der Wichtigkeit der Wahl der Beweismittel wird er insbesondere darauf Bedacht nehmen, mit dem Angeschuldigten sich nach der

5) Art. 260. Abs. 3.

6) Art. 261.

Zustellung der Beweismittelliste, jedoch **vor** Ablauf der in Art. 261. Abs. 1. bestimmten dreitägigen Frist zu besprechen. Es handelt sich hierbei um Erforschung der Thatsachen, welche auf die Glaubwürdigkeit der vom Staatsanwalte angegebenen Beweismittel Bezug haben, sowie um Vervollständigung der Beweismittelliste. Es ist insbesondere der erstere Punkt wichtig, obgleich er gegenwärtig nicht selten von den Vertheidigern vernachlässigt wird. So wenig das Verfahren der Vertheidiger gebilligt werden kann und darf, um jeden Preis und unter nichtigen Vorwänden die Glaubwürdigkeit der Zeugen anzufechten und Widersprüche in den Aussagen derselben, wo kein Verständiger solche findet, aufzusuchen, so ist andrerseits nicht zu verkennen, daß die Erforschung der Glaubwürdigkeit der Belastungszeugen eine Aufgabe für die Vertheidigung ist, welcher die letztere ihre besondere Aufmerksamkeit zuwenden muß.

Ebenso soll der **Antrag auf Vervollständigung der Beweismittelliste** ein Gegenstand der ernstlichsten und aufmerksamsten Erwägung sein. Der Vertheidiger wird zu berücksichtigen haben, daß die Hauptverhandlung es ist, auf deren Ergebnisse die Endentscheidung gestützt wird, und daher die Thatsachen, welche zur Entlastung oder milderen Beurtheilung seines Clienten gereichen können, besonders in's Auge fassen. Diese Thatsachen können theils selbstständige Beweismomente enthalten, theils als Widerlegung von Anführungen in der Anklage in Betracht kommen. Es kann sich der Fall leicht so gestalten, daß der Vertheidiger mehr auf die letzteren als auf die ersteren sein Augenmerk zu richten und sich vorzugsweise mit der directen Widerlegung des Schuldbeweises zu beschäftigen hat. Der Vertheidiger wird diese beiden Richtungen der Vertheidigung wohl zu berücksichtigen und hiernach die letztere selbst einzurichten haben. Er wird nicht leicht Thatsachen, welche zu Gunsten seines Schützlings sprechen, unbeachtet lassen, jedoch sich auch hierbei hüten, zuviel zu thun. Auch das Zuviel kann möglicherweise den Erfolg beeinträchtigen. Es ist insbesondre nicht gut gethan, Thatsachen noch bestreiten und den Beweis derselben anfechten zu wollen, über deren Gewißheit nach den vorliegenden Ergebnissen der zeitherigen Erörterungen ein Zweifel nicht mehr obwalten kann. Es würde ein solches Verfahren fast unwillkürlich den Verdacht erregen, daß der Vertheidiger andere Momente zu

Gunsten seines Schützlings vorzubringen außer Stande sei, und daher dem letzteren möglicherweise nachtheilig sein.

Der Vertheidiger wird bei seinen Anträgen vorzugsweise das Verweisungsurthel berücksichtigen. Er hat das letztere als die Unterlage für die Hauptverhandlung und für die Beweisaufnahme in der letzteren zu betrachten. Vorzügliche Aufmerksamkeit hat er in dem Falle anzuwenden, wenn die, dem Angeschuldigten beigemessene That möglicherweise eine verschiedene rechtliche Beurtheilung, je nachdem sie völlig oder nur theilweise bewiesen werden sollte, finden könnte. Wird angenommen, daß der Beweis nur theilweise gelungen sei, so wird bisweilen bezüglich der Annahme des geringeren Verbrechens immer noch eine Berücksichtigung bei dem Vertheidigunsbeweise möglich und nützlich sein. So z. B. bei der Anklage auf Mord oder Todtschlag die Annahme einer (beabsichtigten) schweren Körperverletzung mit (nicht beabsichtigtem) nachfolgendem Tode.

Insbesondere wird diese Berücksichtigung der Annahme eines geringeren Verbrechens in den Fällen zu empfehlen sein, wo die letztere auf die Annahme eines minder strafbaren Willens (z. B. Diebstahl und Selbsthilfe) oder der Fahrlässigkeit statt des dolus beruht. Es ist eine durch die Erfahrung in anderen Ländern bestätigte Thatsache, daß durch dergleichen Substitutionen geringerer Verbrechen der Vertheidigungsbeweis möglicherweise beeinträchtigt werden kann. Man möge nicht glauben, daß der für die Annahme des schwereren Verbrechens construirte Vertheidigungsbeweis unbedingt auch für die des geringeren Verbrechens ausreichend und passend sei. Dazu kommt, daß in dem Art. 298. dem Bezirksgerichte das Befugniß eingeräumt worden ist, auch in dem Falle sich der sofortigen Aburtheilung der Sache zu unterziehen, wenn in Folge neuer, in dem Verweisungserkenntnisse nicht angeführter Umstände die dem Angeklagten beigemessene strafbare That eine andere strafrechtliche Natur erhält, als in dem Verweisungserkenntnisse angenommen worden, und zwar selbst dann, wenn durch die neuermittelten Umstände das Verbrechen zu einem ausgezeichneten derselben Art erhoben oder die Anwendung eines höheren gesetzlichen Strafsatzes bei demselben bedingt wird. Durch diese Freigebung der richterlichen Entscheidung bezüglich der Nova kann möglicherweise ebenso der Anklagebeweis, als der Entlastungsbeweis gefährdet werden. Die Vertheidigung wird daher, soweit thunlich, bei der Vorberei-

tung ihrer Thätigkeit die Möglichkeit derartiger Abänderungen der ursprünglichen Anklage berücksichtigen.

Der Vertheidiger wird ferner bei der Angabe neuer Beweisthatsachen oder Beweismittel durch den Angeklagten in Betracht ziehen, ob etwa eine vorläufige Erhebung derselben zweckmäßig und ob daher bei dem Vorsitzenden, daß er von dem ihm in Art. 262. Abs. 3. Art. 269. eingeräumten Befugnisse Gebrauch mache, zu beantragen sei. Es leuchtet ein, daß bei einer solchen vorläufigen Erhebung die Sachlage sich in einer Weise gestalten kann, welche auf die Führung der Vertheidigung und überhaupt auf die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung von dem entscheidendsten Einflusse ist. Das Befugniß des Vorsitzenden ist übrigens nach Art. 269. Abs. 5. nicht auf neue Beweismittel beschränkt. Derselbe kann ebenfalls frühere Untersuchungshandlungen nochmals vornehmen lassen. Auch hierbei kann der Entlastungsbeweis wesentlich interessirt sein. Es können insbesondre Thatsachen vorgebracht und bescheinigt werden, aus denen hervorgeht, daß die frühere Vornahme der Handlung ein der Wahrheit nicht entsprechendes Ergebniß geliefert habe; z. B. Erklärungen eines Zeugen über die Unwahrheit der von ihm früher erstatteten Aussage, — Nachweis eines bei einer Localbesichtigung vorgekommenen Irrthums rc. Von Wichtigkeit ist hierbei die Bestimmung des Art. 269. Abs. 4., nach welcher der Vorsitzende berechtigt ist, eine anderweite Entscheidung über die Verweisung des Angeklagten zur Hauptverhandlung herbeizuführen, wenn er die Ergebnisse solcher nachträglichen Erörterungen in Bezug auf das Verweisungserkenntniß für so wichtig hält, daß eine weitere Entschließung darüber, ob es bei demselben sein Verbleiben haben könne, als nöthig erscheint. Es kann daher der Fall sich so gestalten, daß das Verweisungserkenntniß wieder aufgehoben und die Untersuchung gegen den Angeschuldigten eingestellt wird. Der Vertheidiger würde sonach mit dem Antrage auf Erörterung neuer Thatsachen rc. möglicherweise die Fortstellung der Untersuchung überhaupt abschneiden.

Der Inhalt des Protocolls, welches nach Art. 268. über die Vernehmung des Angeklagten aufgenommen und in Abschrift dem Vertheidiger zugefertigt werden soll, wird dem letzteren gleichfalls Materialien für die Vertheidigung gewähren.

Es kann hierbei nicht oft genug daran erinnert werden, daß

eine planlose, nur dem günstigen Zufalle vertrauende Vertheidigung bei dem mündlichen Verfahren die Stellung des Vertheidigers und die Bedeutung seines Berufs noch mehr herabwürdigt, als in dem schriftlichen Verfahren, wo die Vertheidigungsschrift vollständig nur zur Kenntniß des Referenten gelangt und diesem hierbei, wie überhaupt bei dem Vortrage des Acteninhalts, überlassen bleibt, ob und was er aus derselben dem Collegium mitzutheilen für angemessen befindet.

Die Führung der Vertheidigung in der mündlichen Verhandlung — auf welche wir nunmehr übergehen — beschränkt sich keineswegs auf die Schlußvorträge. Die letzteren können der Beweisaufnahme keine andere Richtung geben und auf die Resultate derselben nicht einwirken. Der Vertheidiger wird vielmehr der Beweisaufnahme selbst seine besondere und ununterbrochene Aufmerksamkeit zuwenden und darauf Bedacht nehmen, daß alle, zu Gunsten des Angeklagten sprechende Umstände vollständig erörtert und festgestellt werden. Er wird den formellen Gang der Verhandlung aufmerksam überwachen und etwaige Fehler, welche bezüglich wesentlicher Formen sich ereignen, ausdrücklich rügen. Der Vertheidiger wird dabei die Vorschrift des Art. 349. Schlußsatz im Auge behalten, nach welcher Formfehler, die während der Verhandlung nicht gerügt und durch eine Bemerkung zum Protocolle nicht constatirt worden sind, nicht zum Gegenstande einer Richtigkeitsbeschwerde gegen das Enderkenntniß gemacht werden können. Er wird daher nur da, wo er überzeugt ist, daß der Fehler weder einen Hauptbestandtheil des Verfahrens betrifft, noch ein anderes Ergebniß der Beweisaufnahme, als außerdem zu erwarten gewesen, herbeigeführt hat, von einer Rüge des Fehlers absehen,[7] das Gericht aber von der Rüge Veranlassung zur Prüfung seines Verfahrens und, nach Befinden, zur Verbesserung desselben nehmen. Es muß daran erinnert werden, daß, so wenig einerseits eine Ueberschätzung der Formen und ein starrer Formalismus gebilligt werden kann, andererseits die Vernachlässigung der Formen mit mannichfachen Nachtheilen verbunden ist. Die Beobachtung derselben sichert den ordnungsmäßigen Gang des Verfahrens, welches, insbesondere bei der Unmittelbar-

7) Ueber den Begriff der wesentlichen Formen vgl. Commentar zur Strafproceßordnung Bd. I. S. 163 flg. Bd. II. S. 22 flg.

keit, außerdem der Gefahr der Verflachung und Willkürlichkeit leicht ausgesetzt ist, — gewährt dem Angeklagten wie dem Publikum die Bürgschaft einer gerechten Handhabung der Proceßgesetze, — und erleichtert zugleich, was wohl zu beachten ist, die Herstellung der materiellen Wahrheit. Die Formen sind vorzugsweise bei der Beweisaufnahme wichtig, welche durch sie zugleich vor Einseitigkeiten des Gerichts bewahrt wird. Die Regellosigkeit, welche in die Praxis des schriftlichen Verfahrens sich eingeschlichen hat, ist nicht die geringste der gegen das letztere erhobenen Beschwerden, und es ist kein, der Würde der Rechtspflege entsprechendes Verfahren, jede Formverletzung unbedingt (wie man zu sagen pflegt) zuzudecken und für unerheblich zu erklären.

Der Vertheidigung gebührt das Recht, zur Wahrung der Interessen des Angeklagten Anträge bei Gericht zu stellen und Anträgen der Staatsanwaltschaft zu widersprechen. (Art. 278.) Die Wichtigkeit dieser Vorschrift liegt klar vor. Der richtige Gebrauch derselben sichert der Vertheidigung eine einflußreiche Einwirkung auf die Beweisaufnahme. Alle derartige Anträge und Widersprüche müssen jedoch von dem Bestreben, zur Ermittelung der Wahrheit beizutragen und ungerechtfertigte Eingriffe in die Rechte des Entlastungsbeweises abzuwenden, geleitet sein. Anträge, welche nur zur Verschleifung der Sache oder zur Verwirrung der Entscheidung führen können, sowie Widersprüche, welche einer grundsätzlichen Opposition gegen die Staatsanwaltschaft oder einer unerquicklichen Rechthaberei entspringen, werden der Vertheidigung und dem Ansehen derselben stets schaden. Der Vertheidiger soll Befugnisse des Angeklagten, selbst wo sie nur aus formellen Vorschriften fließen, nicht leicht aufgeben und bei dem contradictorischen Charakter der Hauptverhandlung Vortheile, welche ihm der Gang derselben gewährt, festhalten. Allein von einer solchen Wahrung der Interessen des Angeklagten ist jene systematische Opposition verschieden, welche jedem Antrage des Gegentheils widerspricht, eben weil er vom Gegentheile ausgeht.

Wir gehen nunmehr zu der Beweisaufnahme selbst über und betrachten zuvörderst die Thätigkeit des Vertheidigers bei Prüfung der Feststellung des Thatbestandes und hierbei insbesondere bei Prüfung derjenigen Feststellung, welche auf dem Gutachten Sachverständiger beruht. Es können formelle

Mängel in der Erhebung des Thatbestandes, sowie Lücken, Widersprüche und Unwahrscheinlichkeiten in dem Gutachten der Sachverständigen gerügt und dargelegt werden. In dieser Richtung kann der richtige Gebrauch des dem Angeklagten in Art. 41. Abs. 2. eingeräumten Befugnisses wichtige Materialien liefern. Dieses Befugniß besteht darin, daß der Angeklagte neben dem Vertheidiger und zur Unterstützung desselben die Zulassung eines und bei verschiedenartigen Gegenständen der Begutachtung für jeden derselben eines besonderen, von ihm (dem Angeklagten) gewählten Sachverständigen verlangen kann, dafern das Gericht hierin nicht einen Verschleif der Sache findet. Die Zuziehung erfolgt allerdings auf Kosten des Angeklagten, jedoch mit der wichtigen, in Art. 41. Abs. 3. bestimmten Modification. Der Vertheidiger wird ferner berücksichtigen, daß nach Art. 292. Abs. 3. schriftliche Gutachten, welche er sich etwa von anderen Sachverständigen ausstellen lassen und zur Verhandlung mitgebracht hat, nur mit Genehmigung des Staatsanwaltes vorgelesen werden dürfen. Es ist zu hoffen, daß die Vertheidiger auch von diesen Befugnissen einen angemessenen, ihrer Stellung und Aufgabe würdigen Gebrauch machen und nicht unnützer Weise die bereits vorhandenen Gutachten anfechten werden. In dem gegenwärtigen schriftlichen Verfahren begegnet man leider! in den Vertheidigungsschriften nicht selten einer Kritik der in der Untersuchung erhobenen, dem Angeschuldigten ungünstigen Gutachten, welche weder des Vertheidigers würdig, noch der Achtung, auf welche der Verfasser des Gutachtens gerechten Anspruch hat, entsprechend ist. Die Erfahrung in anderen Ländern hat gelehrt, daß die Oeffentlichkeit und auch die Mündlichkeit wohlthätig gewirkt haben und derartige Anfechtungen des Gutachtens in öffentlich-mündlichen Verhandlungen seltener vorkommen. Andererseits ist jedoch auch die Methode der Begutachtung durch den Charakter des mündlichen Verfahrens vortheilhaft berührt worden. Der Sachverständige wird in der Erwägung, daß sein Gutachten bei der öffentlich-mündlichen Verhandlung vorgelesen, er auch wohl selbst zur Befragung und weiteren Begründung bei derselben vorgeladen worden und genöthigt sein wird, Anfragen des Vertheidigers und des Staatsanwaltes, sowie des Vorsitzenden alsbald zu beantworten, eine Aufforderung zu der sorgfältigsten Prüfung und Beurtheilung finden. Es ist dies eine bekannte Erfahrung. Berück-

sichtigt man hierbei, daß in den meisten deutschen Ländern Geschwornengerichte bestehen und daher in den schwersten Fällen der Sachverständige seine Beobachtungen und sein Gutachten vor Geschwornen vorzutragen und zu erläutern verpflichtet ist, so leuchtet zugleich ein, daß hier dem Sachverständigen eine besonders schwierige Aufgabe gestellt ist, indem nicht angenommen werden kann, daß die meisten Geschwornen zu dem Verständnisse solcher Gutachten ebenso befähigt seien, als die rechtsgelehrten Richter, denen häufig derartige Gutachten vorliegen. Dessenungeachtet haben die Sachverständigen, wie die Erfahrung gelehrt hat, es verstanden, selbst in den schwierigsten Fällen ihre Beobachtungen und ihr Gutachten in einer allgemeinfaßlichen Klarheit und Gedrängtheit vorzutragen. Werden nun zwar bei uns rechtsgelehrte Richter allein über die Schuldfrage entscheiden, so ist doch der Wunsch gerechtfertigt, daß die Sachverständigen auch in unserm künftigen Verfahren eine gleiche Aufgabe sich stellen, und zu erwarten, daß die Sachverständigen in der Klarheit und mit derselben in der entscheidenden Wirkung auf die Ueberzeugung aller Betheiligten einen Vorzug ihrer Gutachten finden werden. Der Vertheidiger wird dagegen in der Beleuchtung des Gutachtens, insbesondere bei wissenschaftlich gebildeten oder öffentlich angestellten Sachverständigen, niemals die Rücksichten vergessen, welche man der Wissenschaft, bez. der öffentlichen Stellung des Sachverständigen und überhaupt der getreuen Erfüllung übernommener Verpflichtungen schuldig ist.

Bei der Prüfung des Gutachtens des Sachverständigen wird der Vertheidiger auch darauf sein Augenmerk richten, daß der historische Theil und überhaupt die factischen Unterlagen desselben nur auf Umständen beruhen, welche in den Acten durch das Gericht festgestellt worden sind. Man begegnet nicht selten in den Gutachten thatsächlichen Anführungen, welche lediglich auf außergerichtliche Mittheilungen des Angeschuldigten oder dritter Personen sich stützen. Der Sachverständige ist jedoch keine richterliche Person und die Mittheilungen an denselben entbehren jeder formellen Beglaubigung, können daher als actengemäße nicht behandelt werden. Ohnedem hat die Erfahrung gelehrt, daß solche außergerichtliche Mittheilungen, eben weil sie außergerichtlich erfolgten, nicht immer mit der gehörigen Ueberlegung gemacht werden und daß sie bei der sodann erfolgenden gericht-

lichen Feststellung zurückgenommen oder wesentlich beschränkt werden.

Die Frage über die Zurechnungsfähigkeit ist diejenige, welche in der hier fraglichen Richtung die besondere Beachtung des Vertheidigers verdient. So bedeutende Fortschritte die Lehre von den Seelenstörungen, gerade in der neuesten Zeit, gemacht hat, so hat sich doch auch eine gewisse Vorliebe zu Annahme von Seelenstörungen gezeigt und es ist nicht selten der Beweis von Seelenstörungen in Thatsachen gefunden worden, welche eine gereifte Erfahrung und bewährte Kenntniß des Lebens in viel einfacherer Weise zu erklären verstand. Die Vertheidigung wird wohl auf solche Ansichten hinweisen können; sie würde aber ihre Stellung verkennen, wenn sie jede Hypothese, die irgend einmal ein geistreicher Seelenarzt aufgestellt und vertreten hat, adoptiren und die Anerkennung derselben als einer untrüglichen Erfahrung beanspruchen wollte.

Bei der Beweisaufnahme erfordert ferner das Verhör des Angeschuldigten die besondere Aufmerksamkeit des Vertheidigers. Es versteht sich von selbst, daß jede Einwirkung desselben auf den Angeschuldigten, um ihn von Geständnissen oder anderen ihn belastenden Aussagen abzuhalten, unstatthaft ist und eine Pflichtverletzung enthält. Im Gegentheile kommt es im öffentlich-mündlichen Verfahren bekanntlich häufig vor, daß der Vertheidiger, welcher von der Schuld seines Clienten überzeugt ist, ihn zu einem Geständnisse auffordert, namentlich in den Fällen, in welchen nach der Sachlage anzunehmen ist, daß mit dem Geständnisse Aufklärungen über die That und die sie begleitenden Umstände verbunden sein werden, welche einen mildernden Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung der Schuld und auf die Abmessung der Strafe äußern können. Dagegen wird der Vertheidiger dafür besorgt sein, daß die Vernehmung auf Umstände dieser Art gerichtet werde und der Angeklagte daher Gelegenheit erhalte, selbst die den Entlastungsbeweis bildenden Thatsachen anzuführen. Dies wird er insbesondere dadurch bewirken, daß er, wie ihm nach Art. 287. Abs. 1. freisteht, den Vorsitzenden bittet, über anzugebende Punkte den Angeklagten zu vernehmen. Es kommt bekanntlich bisweilen vor, daß Angeklagte ihnen günstige Umstände blos deshalb verschweigen, weil sie aus einem Rechtsirrthume dieselben für unerheblich halten. Der Vertheidiger wird

bei den Besprechungen mit dem Angeklagten und aus den Aussagen desselben bei dem Verhöre das Material zu solchen Fragen schöpfen. In den Fällen, wo mehrere Angeklagte vor dem Gerichte stehen, wird der Vertheidiger nach Lage der Sache darauf Bedacht nehmen, daß Beschuldigungen, welche zur eignen Rettung oder milderen Beurtheilung von einem der Angeklagten wider den andern Angeklagten häufig wider die Wahrheit erhoben werden, durch Gegenverhör derselben in das rechte Licht gesetzt werden. Oft sind jedoch derartige Beschuldigungen auch von der Art, daß sie weder auf den Schuldbeweis überhaupt, noch auf die Abwägung der Verschuldung bei der Strafabmessung irgend einen Einfluß äußern können. Der Vertheidiger wird in solchen Fällen angemessen verfahren, wenn er bei dem Widerspruche seines Clienten gegen derartige Beschuldigungen sich beruhigt und auf eine weitere Erörterung derselben nicht anträgt.

Bei der weiteren Beweisaufnahme kann die Reihenfolge wichtig werden, in welcher die einzelnen Theile derselben vorgenommen und bei der Anschuldigung mehrerer Verbrechen die einzelnen Verbrechen verhandelt werden sollen. Es wird angemessen sein, daß der Vertheidiger etwaige, hierauf bezügliche Anträge, welche er im Interesse seines Clienten zu stellen gemeint ist, bei dem Vorsitzenden, welchem die Festsetzung der Reihenfolge in Art. 277. Abs. 1. zugewiesen worden, vor Eröffnung der Verhandlung anbringe. Daß übrigens diese Reihenfolge von Einfluß auf die Beweisaufnahme selbst und deren Ergebnisse sein kann, ist eine Thatsache, welche die Erfahrung nicht blos im mündlichen, sondern bezüglich der Reihenfolge der einzelnen Erörterungen und Erhebungen auch die Erfahrung im schriftlichen Strafprocesse längst bestätigt hat.

Hiermit in Verbindung steht das Recht, auf Vertagung der Verhandlung anzutragen. Die Vorschriften der Art. 271. 314. sind hier von Wichtigkeit. Sie gewähren dem Angeklagten die Möglichkeit, aus erheblichen Gründen, insbesondere wegen des Außenbleibens einflußreicher Zeugen, die Vertagung sowohl der anberaumten aber noch nicht eröffneten, als der bereits eröffneten Verhandlung zu beantragen. Wenn ein vorgeladener Zeuge sein Außenbleiben noch vor der Eröffnung der Hauptverhandlung entschuldigt, so hat hiervon der Vorsitzende den Staatsanwalt und den Angeklagten, wie aus der Vorschrift des Art. 271.

Abs. 2. sich ergibt, in Kenntniß zu setzen und beide mit ihren dießfallsigen Anträgen zu hören. Bleibt bei der Hauptverhandlung selbst ein vorgeladener Zeuge außen, ohne vorher sein Außenbleiben entschuldigt zu haben, so wird sich solches bei dem in Art. 276. vorgeschriebenen Aufrufe der Zeugen, welcher vorzugsweise zur Constatirung der Anwesenheit derselben dient, ergeben. Hiermit in Verbindung steht die Bestimmung des Art. 314., nach welcher Vertagungsanträge, wenn sich der Vertagungsgrund nicht erst später herausgestellt haben sollte, spätestens bis zu der Vorlesung des Verweisungserkenntnisses anzubringen sind.

Soviel nun das Zeugenverhör selbst anlangt, so wird dasselbe in der Regel derjenige Theil der Beweisaufnahme sein, welcher die meiste Aufmerksamkeit des Vertheidigers erfordert. Der Vertheidiger wird bestrebt sein, von dem Rechte, durch den Vorsitzenden Fragen dem Zeugen vorzulegen, den richtigen Gebrauch zu machen. Er wird dieses Recht dazu benutzen, durch Befragung über persönliche Verhältnisse und Beziehungen des Zeugen die Glaubwürdigkeit desselben zu erörtern, Widersprüche und Unwahrscheinlichkeiten in den Aussagen des Zeugen zu klarer Anschauung zu bringen und Momente, welche zu Gunsten des Angeschuldigten sprechen, näher festzustellen.

Im Allgemeinen ist zu bemerken, daß der verständige Vertheidiger bei Ausübung dieses Rechts nichts versäumen wird, was im Interesse seines Clienten liegt. Eben deshalb wird er aber auch sich nicht durch Leidenschaftlichkeit oder die Absicht, den Zeugen zu verwirren, verleiten lassen, Fragen an denselben zu stellen, welche der Vorsitzende, bei aller Schonung des Rechts der Vertheidigung, aus Rücksicht auf die Würde des Gerichts, oder den Ernst einer öffentlichen Verhandlung, oder den Schutz, welchen der Zeuge von dem Gerichte erwarten kann, zurückzuweisen verpflichtet sein würde. Es ist mit diesem Rechte der Vertheidigung von Letzterer in Frankreich häufig Mißbrauch getrieben und insbesondere, bei der Berechtigung derselben zu unmittelbarer Fragstellung, dazu benutzt worden, den Zeugen zu verwirren und durch captiöse Fragen zu Widersprüchen 2c. zu verleiten, welche sodann zur Anfechtung seiner Glaubwürdigkeit gebraucht wurden. In Deutschland sind gleiche Mißbräuche nicht beobachtet worden.

Das Gesetz hat die Befragung der Zeugen und Sachverständigen dem Vorsitzenden übertragen. Der Vertheidiger kann ebenso wie der Staatsanwalt, dem ein ausgedehnteres Befugniß als dem Vertheidiger nicht eingeräumt ist, von dem Fragerechte nur nach dem Schlusse der von dem Vorsitzenden vorgenommenen Befragung des einzelnen Zeugen zur Ergänzung und Berichtigung der Aussagen Gebrauch machen. Keineswegs ist der Vertheidiger befugt, die Befragung Seiten des Vorsitzenden zu unterbrechen und die sofortige Stellung von Fragen an den Zeugen zu verlangen. Der Vorsitzende soll nach Art. 284. Abs. 5. an den Angeklagten die Frage richten, ob er auf dasjenige, was so eben von dem Zeugen ausgesagt worden, etwas zu erklären habe. Es wird dies jedenfalls der passende Zeitpunkt zur Stellung derartiger nachträglicher Fragen an den Zeugen sein. Auch wird in der Regel in den Ländern des mündlichen Verfahrens von dem Vorsitzenden nach Beendigung der Abhörung des Zeugen ausdrücklich an den Vertheidiger und den Staatsanwalt die Frage gerichtet, ob er noch eine Frage an den Zeugen zu stellen wünsche. Erst nach Erledigung dieser Nachtrags-Fragen wird der Vorsitzende die in Art. 284. Abs. 5. vorgeschriebene Schlußfrage an den Zeugen, ob er nämlich noch etwas seiner Aussage zuzufügen habe oder ob er bei ihr allenthalben stehen bleibe, richten.

Die Nachtrags-Fragen an den Zeugen werden entweder seine persönliche Glaubwürdigkeit überhaupt oder seine Aussage selbst betreffen. Insbesondere bei Fragen der ersteren Art können leicht Erörterungen hervorgerufen werden, welche für den Zeugen — namentlich bei der Oeffentlichkeit der Verhandlung — sehr unangenehm und empfindlich sein können. Allein auch hier wird der Vorsitzende, dafern die Fragen mit Mäßigung und Schonung gestellt werden, so wie nicht als ungehörig oder chikanös erscheinen, möglichste Freiheit gewähren müssen, zumal hierbei wohl auch wichtige Umstände berührt werden, welche, weil außerhalb der zeitherigen Entwickelungen, dem Gerichte noch nicht bekannt gewesen. Bei Fragen, welche den Inhalt der Aussage selbst betreffen, wird in der Regel ein Bedenken gegen die Zulassung der Frage nicht entstehen. Der Vertheidiger wird sich jedoch hüten, unnützer Weise die Fragen in einer Art zu stellen, welche für den Zeugen verletzend ist. Ruhe und Mäßigung wird auch

hier viel bessere Erfolge erzielen, als Leidenschaftlichkeit und Uebereilung. Der Vertheidiger wird andererseits nicht behindert sein, jeden Widerspruch, jede Lücke und jede Unwahrscheinlichkeit in der Aussage des Zeugen zu rügen und diese Mängel der Aussage durch Befragung des Zeugen gehörig festzustellen. Zu bemerken ist dabei, daß die bloße Rüge eines solchen Mangels ohne gleichzeitige Stellung einer hierauf bezüglichen Nachtrags-Frage erfolglos, und mithin unnütz sein würde. Ohnedem wird die letztere sich leicht fassen können, z. B. wie der Zeuge den oder jenen Umstand als wahr oder nicht wahr angeben könne, da er doch diese oder jene Thatsache angegeben und beide Angaben aus dem oder jenem Grunde nicht mit einander zu vereinigen seien.

Die Materialien zu derartigen Fragen werden nicht blos die Voracten und die Aussagen des Zeugen selbst, sondern auch Erkundigungen gewähren, welche der Vertheidiger behufs seiner Information bei dem Angeklagten, sowie selbst außergerichtlich bei dritten Personen eingezogen hat. Solche Erkundigungen können z. B. bei Aussagen von Zeugen wichtig werden, welche auf gewisse Localitäten, auf räumliche Entfernungen, Gewohnheiten der Leute in gewissen Ortschaften und Gegenden 2c. Bezug haben. Der Verf. erinnert sich mehrerer Fälle, in denen der Vertheidiger, gestützt auf derartige Erkundigungen, Fragen an die Zeugen richtete, deren Beantwortung zu einer klareren Anschauung und einem richtigeren Verständnisse der bezeugten Thatsache wesentlich beitrug. Es bedarf hier nur z. B. der Verweisung auf Fälle, wo die Kenntniß der Localitäten nothwendig ist, um zu ermessen, ob es wahrscheinlich sei, daß der Zeuge aus der Entfernung Worte dritter Personen verstanden oder die Personen der Sprechenden an der Stimme erkannt habe. Es reicht hier zur Beurtheilung der Wahrscheinlichkeit nicht die Constatirung der räumlichen Entfernung allein hin, sondern es ist hierzu auch die Kenntniß der Lage der Oertlichkeiten und des mitten inneliegenden Terrains, der damaligen Witterung 2c. nothwendig. Wie oft werden ferner einzelne Worte und Ausdrücke in den verschiednen Gegenden eines Landes verschieden gebraucht und angewendet.

Der Vertheidiger wird zu derartigen Fragen auch die Aussagen der übrigen, bereits abgehörten Zeugen benutzen. Er wird

insbesondere Widersprüche in den Aussagen derselben feststellen.

Im Allgemeinen wird er den Grund der Wissenschaft des Zeugen zu erforschen suchen. Es ist eine Erfahrung, daß manche Zeugen, auch bei sorgfältiger Befragung, geneigt sind, das, was sie selbst wahrgenommen haben, mit demjenigen, was sie über den fraglichen Vorgang von anderen Personen erfahren haben, zu vermischen und nun beide Theile ihres Wissens als ein Ganzes zu verschmelzen. Ebenso zeigt die Erfahrung, daß einzelne Zeugen, sobald sie Kenntniß von den Aussagen anderer Personen über denselben Vorgang erhalten, unwillkürlich und gleichsam bestochen durch die persönliche Glaubwürdigkeit der letzteren oder die Sicherheit derselben in ihren Behauptungen, ihre eignen Aussagen mit den Aussagen dieser Personen in Uebereinstimmung bringen. Man weiß, wie schwierig auch in dieser Beziehung die richtige Leitung einer Confrontation ist und wie die Ergebnisse derselben nicht immer die Erkenntniß der Wahrheit zu befördern vermögen. Die Erfahrung lehrt ferner, daß Zeugen, welche eine Thatsache mit Bestimmtheit zu behaupten nicht im Stande sind, dies doch thun, sobald sie erfahren, daß auch andere Personen diese Thatsache bestätigt haben. Auch die Erfahrung ist wichtig, daß Zeugen einzelne Thatsachen für von ihnen wahrgenommene ausgeben, wenn der Sachverständige, welcher auf die Existenz dieser Thatsachen aus anderen Beobachtungen schließt, die Zeugen hierüber, unter Vorhalt der hierfür sprechenden Gründe, befragen läßt. Die eidliche Bestärkung der Zeugenaussagen ist kein ausreichender Schutz gegen derartige Entstellungen der Wahrheit, weil der Zeuge, wie bemerkt, fast unbewußt und jedenfalls nicht in böser Meinung, seine Aussagen in dieser Weise modificirt.

Soviel nun die Vereidung der Zeugen und Sachverständigen anlangt, so soll vor derselben der Vorsitzende den Vertheidiger fragen, ob er etwa Einwendungen gegen dieselbe vorzubringen habe. (Art. 283. Abs. 1.) Es ist diese Befragung um so wichtiger, als auf Einwendungen gegen die Eidesfähigkeit eines Zeugen nur dann eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß gestützt werden kann, wenn dieselben bereits vor der Vereidung angebracht, vom Gerichte aber als unerheblich zurückgewiesen worden waren. (Art. 283. Abs. 3.) Die Gründe der Unfähigkeit eines Zeugen zum Eide sind in Art. 225. angegeben

und nur gering an der Zahl. Es hat diese Befragung auch noch einen anderen Vortheil. Es kann aus Gründen, welche in der Person oder in der Aussage des Zeugen liegen, bedenklich sein, ihn zur eidlichen Bestärkung zu lassen. Allerdings beziehen sich diese Bedenken nur auf die Beweisfrage selbst. Es wird der Vertheidiger nicht behindert sein, im Schlußvortrage sowohl als im Wege der Berufung gegen das Erkenntniß selbst die Glaubwürdigkeit des Zeugen anzufechten und auszuführen, daß auf die Aussage desselben die Entscheidung nicht gestützt werden könne. Allein dessenungeachtet kann es angemessen sein, schon vor der Beeidung die Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen geltend zu machen, um dadurch das Gericht zu bestimmen, daß es von der Beeidung absehe. Andererseits kann es im Interesse der Vertheidigung liegen, daß ein Zeuge vereidet werde, um auf diese Weise ihn zur Aussage der vollen Wahrheit zu nöthigen.

Die Eidesleistung kann der Erstattung der Aussage vorausgehen und nachfolgen. Bei der ersteren wird der Vertheidiger seine Einwendungen vorzugsweise aus den Voracten entnehmen. Er wird den Antrag stellen können, daß die Vereidung noch ausgesetzt und über dieselbe erst nach Erstattung der Aussage anderweite Entschließung gefaßt werde. Geht die Vereidung der Aussage voraus, so kann es, nach Befinden, bei den Schlußbemerkungen des Vertheidigers vor dem Schlusse der Abhörung angemessen sein, auf die Bestimmung in Art. 224. Abs. 2. des Strafgesetzbuchs aufmerksam zu machen.

Auch die Bestimmungen des Art. 291. über den Verzicht auf Beweismittel berühren wesentlich das Interesse der Vertheidigung. Der Vertheidiger wird nicht auf Beweismittel verzichten dürfen, deren Erhebung mit Sicherheit ein dem Angeklagten günstiges Ergebniß erwarten läßt. Andererseits wird er nicht unnützer Weise und bloßer Möglichkeiten wegen, oder aus einem starren Festhalten an eingeräumten Rechten, dem Schlusse der Beweisaufnahme widersprechen. Die Zustimmung zu dem Schlusse der Beweisaufnahme ist im Art. 291. Abs. 3. für überflüssig erklärt worden, wenn in der Hauptverhandlung ein umfassendes und unbedingtes Geständniß des Angeklagten erfolgt ist. Der Vertheidiger wird über die richtige Handhabung dieser Vorschrift wachen. Eine Verletzung derselben würde die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich ziehen, da sie offenbar eine wesentliche

Beschränkung der Rechte ebensowohl der Anklage als der Vertheidigung sein würde. Die Anwendung der Vorschrift setzt voraus, daß in der Hauptverhandlung ein umfassendes und unbedingtes Geständniß des Angeklagten erfolgt sei. Ein, in der Voruntersuchung abgelegtes Geständniß reicht daher selbst dann nicht hin, wenn der Angeschuldigte zwar zugibt, dasselbe in der Voruntersuchung abgelegt zu haben, nicht aber dasselbe in der Hauptverhandlung wiederholt. Es folgt diese Bestimmung aus dem Charakter der Voruntersuchung und dem der Hauptverhandlung. Nicht die Ergebnisse der ersteren, sondern nur die der letzteren sind es, auf welche die Entscheidung über Verurtheilung oder Freisprechung des Angeschuldigten gestützt werden kann. Das Bekenntniß desselben, daß er in der Voruntersuchung die ihm beigemessene That eingeräumt, dieses Geständniß aber der Wahrheit zuwider abgelegt habe, kann schlechterdings nicht nach den zeitherigen, in dem bekannten Mandate vom Jahre 1810 anerkannten Grundsätzen über den Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses beurtheilt werden. Eine solche Auffassung würde mit dem Charakter und der Bedeutung der Hauptverhandlung unvereinbar sein. Es wird ein solches Bekenntniß als ein Verdachtsgrund benutzt, nicht aber auf dasselbe allein die Verurtheilung gestützt werden können, wie es auch nicht zur Anwendung der Vorschrift des Art. 291. Abs. 3. hinreicht. Das Geständniß soll ferner ein umfassendes und unbedingtes sein. Ein sogenanntes qualificirtes Geständniß reicht also nicht hin. Am wenigsten würde es bei den bekannten Grundsätzen über die Beweislast im Strafprocesse zulässig sein, Geständnisse, welche mit Einwendungen verknüpft sind, als unbedingte deshalb zu behandeln, weil dem Angeschuldigten der Beweis dieser Einwendungen obgelegen, derselbe aber von ihm nicht erbracht worden sei. Ebenso wird ein umfassendes Geständniß vorausgesetzt, d. h. ein Geständniß, welches sich auf alle, für die Urtheilsfällung erheblichen Umstände erstreckt. Zu diesen Umständen gehören auch diejenigen, welche auf die Abmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes von Einflusse sind.

So wenig es übrigens gebilligt werden kann, wenn ein Vertheidiger aus unzureichenden Gründen die Glaubwürdigkeit eines Geständnisses anficht, so ist doch andererseits es die Pflicht

des Vertheidigers in Fällen, wo bestimmte und festgestellte Thatsachen mit Sicherheit darauf schließen lassen, daß der Angeschuldigte das Geständniß der Wahrheit zuwider abgelegt habe, auf diese Thatsachen mit Entschiedenheit hinzuweisen. Auch die Glaubwürdigkeit des Geständnisses, wie jeder anderen Aussage, hängt von der Voraussetzung ab, daß der Gestehende die Wahrheit sagen konnte und wollte. Wird es auch seltener vorkommen, daß Jemand wider besseres Wissen sich eines Verbrechens schuldig bekennen sollte, so kann es sich doch wohl ereignen, daß der Gestehende Thatsachen als wahr einräumt, zu deren Wahrnehmung er entweder in der damaligen Zeit nicht oder überhaupt nicht gnügend befähigt war. Insbesondere bezieht sich diese Bemerkung auf Geständnisse bezüglich der den Thatbestand des Verbrechens bildenden Thatsachen und thatsächlichen Erfolge. Wie hier oft nur technische Bildung im Stande ist, die Bedeutung und den ursachlichen Zusammenhang der einzelnen Thatsachen oder auch sogar diese selbst gehörig zu erkennen und festzustellen, so wird die Beobachtung des Urhebers einer strafbaren Handlung leicht durch die Aufregung, in welche er durch die Vornahme derselben versetzt wird, gestört und getrübt. Auch hier laufen manchmal Irrthümer unter, zum Theil veranlaßt durch dasjenige, was der Urheber nachträglich über die von anderen Personen gemachten Wahrnehmungen in Erfahrung bringt.

Was nun die Schlußvorträge der Vertheidigung (Art. 296.) anlangt, so wird ein gewandter und umsichtiger Vertheidiger in ihnen eine geeignete Gelegenheit zu einer gründlichen und sachgemäßen Schutzrede für seinen Clienten finden. Die Gewalt des lebendigen Wortes und die Unmittelbarkeit des Vortrags an die erkennenden Richter, welche zugleich die vollständige Kenntnißnahme der Vertheidigung Seiten aller Richter in sich schließt, gewähren der mündlichen Vertheidigung einen Einfluß und eine Bedeutung, welche die schriftliche Vertheidigung niemals erreichen kann.

Es ist hier zunächst der Irrthum zu beseitigen, als ob der Vertheidiger nur mit einer sogen. schönen Rede auf Erfolg rechnen könne. Die sogen. Schönrednerei wird den verständigen Hörer nicht täuschen. Haben doch die Erfahrungen bezüglich der Geschwornengerichte in England und in Deutschland bewiesen, daß selbst die Geschwornen durch derartige Reden sich nicht

in ihrer Ueberzeugung irre machen lassen und den wahren Gehalt der Vertheidigung zu erkennen wohl vermögen. Es ist auch dem Verf. wiederholt von Geschwornen versichert worden, daß sie auf solche Phrasen keinen Werth legten, ja durch sie vielmehr zu der Ansicht bestimmt würden, wie es der Vertheidigung an anderen Mitteln zur Lösung ihrer Aufgabe gebreche. Diese Erfahrung wird in den beziehendlich amtlichen Berichten über die Erfahrungen mit den Geschwornengerichten bestätigt und ist an sich ganz natürlich. Noch viel weniger ist es von rechtsgelehrten Richtern zu erwarten, daß sie durch eine sogen. schöne Rede in ihrer Ueberzeugung wankend gemacht werden könnten oder einer solchen Rede wenigstens ihre Anerkennung schenken würden.

Vor allen Dingen muß der Vertheidiger seines Stoffs völlig Herr und über das, was er sagen will, sich völlig klar sein. Die Herrschaft über den Stoff und die Klarheit in der Beurtheilung und Bearbeitung desselben sind auch bei der mündlichen Vertheidigung die ersten Erfordernisse. Verbindet der Redner mit ihnen die nöthige Ruhe, d. h. läßt er sich nicht durch die bloße Furcht, daß er die klar gedachten und geordneten Sätze nicht klar vortragen werde, einschüchtern, so wird seine Vertheidigung, auch wenn sie alles rhetorischen Schmucks entbehrt, gewiß gerechten Beifall finden. Der Verf. kann nicht oft genug vor der so eben gedachten Furcht warnen, welcher nicht selten eine vorzügliche Arbeit zum Opfer fällt. Er erinnert an den alten, bewährten Satz: verbaque praevisam rem non invita sequuntur. Die Klarheit der Gedanken wird von selbst die ersten Schwierigkeiten im Ausdrucke beseitigen, das Gefühl der Sicherheit aber, welches durch die Klarheit des Gedankens dem Redner verliehen wird, auch in der Rede selbst sich äußern und des Eindrucks auf die Zuhörer nicht verfehlen. Nur versuche der Redner nicht, die klaren Gedanken in sogen. schönen Reden oder in kühn gebauten Sätzen auszudrücken. Er nehme sich vor, einfache Ausdrücke und einfache Satzbildungen zu wählen. Einfache Ausdrücke und einfache Sätze sind oft viel verständlicher, als langathmige Satzbildungen mit künstlichen Bildern, und gewähren dem Redner wie dem Zuhörer viel leichter einen Ruhe- und einen Stützpunkt, von dem beide mit Sicherheit zu den weiteren Sätzen übergehen können. Der Gebrauch von Bildern rc. verlangt einen gewandten und die Bildung längerer Sätze einen bereits geübten Redner.

Die Grundregel jedes mündlichen Vortrags, die Thatsachen oder Gründe so darzustellen, daß sie diejenigen, an welche der Vortrag gerichtet ist, von der Wahrheit überzeugen und das, was der Vortragende erreichen will, begründen, gilt auch für die mündliche Vertheidigung[8]. Der Vertheidiger wird nach dieser Regel Inhalt und Form des Vortrags bestimmen.

Es läßt sich nicht annehmen, daß die Regeln über Ausarbeitung einer Vertheidigungsschrift so unbedingt auf den mündlichen Vortrag Anwendung leiden. Denn die erstere wird von dem Richter in der geräuschlosen Stille seines Arbeitszimmers gelesen und geprüft. Die Schrift gewährt zugleich dem Richter die Möglichkeit, das Studium der Vertheidigung jederzeit abzubrechen und wieder aufzunehmen. Die mündliche Vertheidigung ist einer der letzten Theile einer vielleicht langen und ermüdenden Gerichtsverhandlung. Sie wird ununterbrochen vorgetragen und soll die Aufmerksamkeit der Richter fortdauernd fesseln.

Die mündliche Vertheidigung verlangt daher Ordnung und Deutlichkeit der Darstellung in noch höherem Grade als die schriftliche Vertheidigung. Die Ordnung und Deutlichkeit der Darstellung sind die sichersten Mittel, die Aufmerksamkeit der Hörer zu fesseln. Die eigenthümliche Natur der mündlichen Vertheidigung erfordert ferner, daß der Redner sich einer angemessenen Kürze befleißige. Unnütze Weitschweifigkeit überzeugt nicht, sondern ermüdet und mattet die Aufmerksamkeit überhaupt ab. Dagegen wird der geschickte Vertheidiger es selbst, gleichsam instinktmäßig, fühlen, wo er bei dem von ihm vorgebrachten Grunde zu verweilen und ihn nochmals in vielleicht klarerer Maaße darzustellen habe. Er wird selbst fühlen, daß er den Satz, in welchem er diesen Grund entwickelte, nicht mit der gehörigen Schärfe gefaßt und den Grund nicht völlig klar gemacht habe und daß seine Zuhörer ihn nicht völlig durchdrungen haben. Das eigne Gefühl ist hierbei ein sehr guter Richter und Wegweiser. Es ist als eine Eigenthümlichkeit des mündlichen Vortrags in Obacht zu nehmen, daß manches Wort von den Zuhörern vielleicht nicht gehörig verstanden und aufgefaßt und daß das Verständniß leicht dadurch gestört und erschwert wird, daß dem Zuhörer kein Ruhepunkt zur Würdigung und Prüfung einer

8) Mittermaier d. L. v. d. Vertheidigung §. 77.

Ansicht geboten ist, bevor der Redner in seinem Vortrage fortfährt. Eine Kürze der Darstellung, welche diese Eigenthümlichkeit nicht beachtet, wird leicht Unverständlichkeiten erzeugen und bei einem Zusammenhange einzelner Deductionen über alle dieselben Dunkelheit verbreiten. Es gilt dann der Satz: Brevis esse laboro, obscurus fio.

Als ein Mittel, den Zuhörern die Uebersichtlichkeit zu verschaffen und ihnen gleichsam Haltepunkte zur Sammlung zu sichern, dient die Art und Weise, wie die einzelnen Theile des Vortrags unter einander geschieden und verbunden werden. In der schriftlichen Vertheidigung können sie durch Nummern oder ähnliche Zeichen leicht gesondert werden. In dem mündlichen Vortrage sind es die sogen. Uebergangs-Wörter und Sätze, welche diese Absonderung vermitteln und zugleich die einzelnen Abschnitte mit einander verbinden. Es ist der Gebrauch derartiger Wörter und Sätze wichtiger, als es vielleicht den Anschein hat und der richtige Gebrauch derselben, namentlich bei längeren Vorträgen, geeignet, der Ermattung der Zuhörer vorzubeugen und die einzelnen Theile der Beweisführung scharf hervorzuheben.

Die mündliche Vertheidigung hat ferner in das Auge zu fassen, daß sie an rechtsgelehrte Richter gerichtet ist und über einen Gegenstand richterlicher Entscheidung sich verbreitet. Bei aller Anerkennung der Wärme, welche in einem Vortrage als das Kennzeichen der Ueberzeugung des Redners von der Richtigkeit seiner Ansichten sich äußern und gewiß einen wohlthuenden Eindruck auf die Zuhörer machen wird, hat der Redner zu berücksichtigen, daß sein Vortrag an Männer gerichtet ist, welche dergleichen Vorträge zu hören gewöhnt und daher den Schein von der Wahrheit zu sondern geübt sind. Die Vorschrift der römischen Rhetoren, welche darauf berechnet war, die Leidenschaften der Richter in Bewegung zu setzen,[9] paßt nur für Volksgerichte. Der Vortragende wird ferner, da rechtsgelehrte Richter zu Gericht sitzen, auf das Verständniß von Rechtsausführungen rechnen können, ohne genöthigt zu sein, die ersten juristischen Regeln in den Kreis seines Vortrags zu ziehen. Er wird insbesondere sich hüten, in jenen unangehmen belehrenden Ton zu verfallen, welcher für den

---

9) Agitare judicis animum spe, admonitione, precibus, vanitate denique, si id profuturum credimus.

Lehrer in der Schulstube, nicht aber für den Rechtsgelehrten vor Rechtsgelehrten paßt.

Die Vertheidigung soll allenthalben der Würde der Handlung und der Stellung der Vertheidigung entsprechen. Diese Uebereinstimmung wird sich auch in der Wahl der Ausdrücke zeigen. Es ist die Vertheidigung weder eine bloße freundschaftliche Unterhaltung, noch eine gelehrte Abhandlung. Sie soll weder in Ausdrücken, die lediglich der täglichen Verkehrssprache, noch in Ausdrücken, die lediglich der Wissenschaft angehören, sich bewegen. Diese Uebereinstimmung wird ferner in dem Tone, ja selbst in der äußeren Haltung des Vortragenden sich zeigen. Affectation, theatralisches Auftreten und Maßlosigkeit in dem Gebrauche der Stimmmittel sind ebenso zu mißbilligen, als jede Nachlässigkeit, Bequemlichkeit und Gleichgiltigkeit über den Erfolg, welche in der Haltung und in dem Tone des Vertheidigers sich ausdrückt. Der Redner gibt sich selbst durch alle solche Ungehörigkeiten ein schlechtes Zeugniß und erweckt hierdurch ganz andere Empfindungen und Gefühle in dem Zuhörer, als er gehofft hat. Insbesondere ist auch jene Zuversichtlichkeit zu rügen, welche über die Wärme der Ueberzeugung hinausgeht und, indem sie die Bewunderung der Zuhörer und den günstigen Erfolg des Vortrags für eine zweifellose Thatsache ansieht, den Zuhörer verletzt oder zum mitleidigen Lächeln reizt. Ebenso ist eine kluge Oeconomie in dem Gebrauche der Stimmmittel anzurathen. Es wird stets passend sein, im Anfange des Vortrags nicht die volle Kraft der Stimme zu entfalten und nicht hier bereits die Wärme zu entwickeln, welche den Hauptttheil des Vortrags auszeichnen und beleben soll.

Hierher gehört auch die Warnung vor unnützen Declamationen und vor leidenschaftlichen Angriffen auf die Anklage oder die Voruntersuchung. Erstere werden leicht lächerlich und der Fluch des Lächerlichen ist bekannt, — letztere verursachen in der Regel einen peinlichen Eindruck und verfehlen stets den beabsichtigten Erfolg. Selbst bei begründeten Ausstellungen und Beschwerden wird die ruhige und verständige Vorführung der einschlagenden Thatsachen eine viel größere Gewähr des Erfolgs darbieten, auch abgesehen davon, daß der Leidenschaftliche leicht die Herrschaft über den Stoff verliert und dem ruhigen Gegner die gefährlichsten Blößen gibt. Wie dies Alles schon von schrift-

lichen Aufsätzen gilt, so erhält es bei mündlichen Vertheidigungen eine doppelt schwere Bedeutung.

Noch möchte der Verf. den Vertheidigern einen Rath geben, dessen Richtigkeit von jedem bestätigt werden wird, welcher öfters öffentlich gesprochen hat. Der Vertheidiger beginne nicht sogleich zu sprechen, so wie er sich erhoben hat, sondern fange einige Augenblicke später an. Es wird bei öffentlichen Versammlungen stets und unvermeidlich mit jedem wichtigeren Abschnitte eine Unruhe in der Versammlung entstehen. Die bis dahin einem andern Redner oder Vorgange zugewendete Aufmerksamkeit verlangt, ehe sie sich zu dem neuen Redner wendet, gleichsam zu ihrer Einrichtung, einige Augenblicke der Sammlung. Es wird oft selbst die Aenderung in der Stellung der Zuhörer, welche bisher ihren Körper nach der Gegend des zeitherigen Redners gerichtet hatten, einige Unruhe verursachen. Durch die Versammlung geht gleichsam ein Aufathmen zur Stärkung und Sammlung. Auch im Uebrigen ist es nicht gut, unmittelbar und ohne Pause an das letzte Wort des Vorredners sich anzuschließen. Es liegt dies in der menschlichen Natur des Zuhörers.

Soviel nun den Inhalt der Vertheidigung selbst anlangt, so muß — nach dem bekannten Dictum — Wahrheit den historischen, Gründlichkeit den ausführenden Theil, geläuterter Geschmack die ganze Darstellung auszeichnen.[10]

Die Materialien des Vortrags wird theils die Beweisaufnahme, theils die vorausgegangene Ausführung der Staatsanwaltschaft gewähren. Der Vortrag wird daher theils eine selbstständige Haltung einnehmen, theils mit der Widerlegung des Vortrags des Staatsanwalts sich beschäftigen. Es ist jedem Vertheidiger dringend anzurathen, Thatsachen, deren Beweis durch ein Geständniß oder auf eine sonst völlig überzeugende Weise geliefert worden ist, nicht zu bestreiten. Das gegentheilige Verfahren ist ebenso unnütz als nachtheilig. Denn wie die Richter derartige Einwendungen nicht beachten werden, so wird ein solches Verfahren auch anderen Einwendungen nicht die Aufnahme verschaffen, welche ein offenes Anerkenntniß, daß die

10) Quinctiliani Inst. VIII. 2. Nobis prima sit virtus perspicuitas, propria verba, rectus ordo, non in longum dilata conclusio; nihil neque desit neque superfluat. Ita sermo et doctis probabilis et planus imperitis erit.

und jene Thatsache nicht weiter bestritten werden könne, sichert. Es liegt in einem solchen Anerkenntnisse der Ausdruck einer würdigen, vom einseitigen Parteistandpunkte und von Streitsucht freien Auffassung der Vertheidigung, welcher gewiß stets ein angenehmes Gefühl und ein Vertrauen zu dem Vertheidiger, daß er auch bei seinen Anfechtungen des Beweises nur seiner Ueberzeugung folge, in den Hörern erwecken wird.

Das Erforderniß der Wahrheit äußert sich ferner in der getreuen Wiedergabe der Resultate der Beweisaufnahme. Verdrehungen derselben, unwahre Angaben oder Unterdrückung wichtiger Umstände werden nie zum Ziele führen. Auch hier wird der Vertheidiger den Schein unwürdiger Streitsucht oder Entstellung des Sachverhalts meiden.

Dagegen wird der Vertheidiger die factischen Ergebnisse des Beweises dergestalt ordnen und vortragen, daß in dieser Darstellung die Grundlage seiner späteren Deductionen enthalten ist und letztere aus der ersteren sich gleichsam von selbst entwickeln. Eine solche Folgerichtigkeit und innere harmonische Verbindung aller Theile der Vertheidigung wird gewiß die Aufmerksamkeit der Zuhörer fesseln und in ihnen eine, der Vertheidigung günstige Stimmung erwecken. Es ist diese Regel über die Anlage einer Vertheidigung wie überhaupt jeder ähnlichen Arbeit bekanntlich bereits für die Ausarbeitung schriftlicher Vertheidigungen maßgebend, sie hat jedoch einen erhöhten Werth für die mündliche Vertheidigung.

Der Vertheidiger wird den (ersten) Vortrag mit einigen einleitenden Worten beginnen. Die Bedeutung, welche der Eingang in den Vertheidigungsreden der römischen Defensoren hatte, kann einem Vortrage vor rechtsgelehrten Richtern nicht beigelegt werden. Es ist bei ihnen die erforderliche Stimmung als vorhanden vorauszusetzen und der Versuch, eine besonders günstige Stimmung für den Angeklagten durch Erregung des Mitleids für ihn oder Herabwürdigung des Anklägers zu bewirken, unpassend. Dessenungeachtet kann es, mit Rücksicht auf den vorausgegangenen Vortrag des Staatsanwalts, angemessen sein, einleitungsweise die Bedeutung oder das besondere Interesse des Falls, insbesondere bezüglich der Persönlichkeit des Angeschuldigten, hervorzuheben und hierdurch die Aufmerksamkeit der Zuhörer anzuregen. Die Einleitung muß daher der Individua-

lität des Falls selbst entsprechen und in ihr begründet sein. Der Vertheidiger wird ferner in der Einleitung die Gesichtspunkte, von denen er ausgeht (quaestiones), und die Sätze (propositiones), deren Beweis zu führen er beabsichtigt,[11] feststellen können und dadurch im Voraus die Uebersichtlichkeit für seine Darstellung erleichtern. Er wird sich hierbei jedoch zu hüten haben, daß er nicht bereits thatsächliche oder juristische Beweisgründe vorbringe, indem die Einleitung durch zu weite Ausdehnung abmatten, die logische Ordnung des Vortrags aber gestört und der Redner genöthigt sein würde, dieselben Beweisgründe im Laufe des Vortrags nochmals vorzubringen.[12]

Der Vertheidiger wird in dem Haupttheile seiner Rede die Ergebnisse der Beweisaufnahme vortragen. Es ist schwierig zu bestimmen, wieweit er hierbei gehen und welche Ergebnisse er hervorheben, welche er weglassen soll. Es kann zu große Vollständigkeit in dem Vortrage nicht nur die Zuhörer ermüden, sondern auch den Eindruck der auf die wichtigeren Ergebnisse bezüglichen Darstellung schwächen, weil die letztre sodann nicht scharf genug hervortritt und gleichsam sich verflacht. Es ist aber auch — ohne daß der Vertheidiger deshalb das Gebot der Wahrhaftigkeit verletzt — schwer zu bestimmen, inwieweit der Redner mehr bei den beschwerenden oder bei den entlastenden Thatsachen stehen bleiben soll. Er wird hierbei theils nach der Lage der Sache, insbesondre danach, ob jene oder diese völlig bewiesen sind oder aber mehr oder minder erheblich erscheinen, theils nach der Haltung des Vortrags des Staatsanwalts sich richten.

Bei der Zusammenstellung der thatsächlichen Ergebnisse des Beweises ist die Ausführung und die Widerlegung (refutatio) zu unterscheiden; — jene ist selbstständig und in ihrer Haltung durch die Ergebnisse des Beweises selbst geregelt, diese ist abhängig von dem Vortrage des Staatsanwalts. Diese Unterscheidung führt jedoch nicht unbedingt dahin, die Ausführung und die Widerlegung als zwei abgesonderte, selbstständige Theile der Vertheidigung auch äußerlich vortreten zu lassen. Es wird vielmehr, nach Befinden, die Widerlegung bei der Betrachtung der einzelnen Beweisthatsachen leicht sich an die Ausführung anschließen kön-

11) Die alten Rhetoren sprechen hier von quaestio, propositio, partitio.
12) Vgl. Mittermaier §. 85.

nen. Wo ein schwieriger oder weitläuftiger Indicien-Beweis vorliegt, wird die Ausführung und Widerlegung zweckmäßig bei jedem einzelnen Punkte vereinigt werden. Da, wo mehrere Indicien bezüglich einer und derselben Beweisthatsache erhoben worden sind, wird auf alle diese Indicien sowohl die Ausführung in ununterbrochner Reihenfolge ausgedehnt als auch die Widerlegung gerichtet werden können. Die Methode, welche die Uebersichtlichkeit erleichtert und in Fällen dieser Art nicht durch zu minutiöse Ausführungen den Ueberblick gefährdet, ist jedenfalls sachentsprechend. Der Vertheidiger wird, wenn er fortdauernd bestrebt ist, die Uebersicht über das Ganze in seinen Zuhörern zu erhalten und die Aufmerksamkeit derselben nicht abzuschwächen, selbst fühlen, wieweit er bei den einzelnen Punkten verweilen darf. Es würde offenbar verkehrt sein, wenn er jeden Punkt mit gleicher Genauigkeit behandeln und untergeordnete Fragen gleich wie die Hauptpunkte hervorheben wollte.

Bei der Ausführung und bei der Widerlegung wird der Vertheidiger die Regeln über den Indicienbeweis im Auge behalten. Es ist schon bei dem schriftlichen Verfahren die vorzüglichste Aufgabe des Vertheidigers, durch Sätze der Logik und der Erfahrung die Haltlosigkeit der einzelnen Indicien sowohl als der Indicien in ihrem Zusammentreffen nachzuweisen. Auch bei der mündlichen Vertheidigung wird der Vertheidiger vorzugsweise dadurch seine Aufgabe erfüllen, daß er, gestützt auf die Erfahrungen des Lebens, die Unverdächtigkeit der wider den Angeschuldigten vorgebrachten Thatsachen und die Irrigkeit der aus ihnen von dem Staatsanwalte gezogenen Folgerungen nachweise. Grade bei diesen Ausführungen kann der Vertheidiger als ein Mann, der mitten im praktischen Leben steht, mit seinen Erfahrungen wesentlich zur richtigen Würdigung des Beweises beitragen. Er wird durch Vergleichung der Erfahrungen des Lebens mit den aufgestellten Folgerungen die Wahrheit seiner eignen Ansicht am besten darlegen können.

In den Fällen, in welchen ein beweiskräftiges Geständniß vorliegt, wird der Vertheidiger sich darauf beschränken, die Gründe zu entwickeln, welche für eine milde Beurtheilung des Angeschuldigten sprechen. Er wird sich vor dem Fehler hüten, in den gegenwärtig viele Vertheidiger verfallen, unerhebliche Thatsachen als strafmildernde Umstände vorzuführen.

Es wird, nach Befinden, zweckmäßig sein, der Darstellung der thatsächlichen Ergebnisse der Untersuchung eine Erörterung der Frage vorauszuschicken, welche thatsächlichen Momente überhaupt zu der Annahme des, dem Angeschuldigten beigemessnen Verbrechens mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs erforderlich seien? Diese Erörterung wird juristischer Natur sein. Sie wird insbesondre dann dem historischen Theile des Vortrags zweckmäßig vorauszuschicken sein, wenn die Frage zweifelhaft ist und von dem Staatsanwalte eine abweichende Ansicht vertreten wird. In einem solchen Falle bildet die juristische Erörterung und Feststellung die Grundlage zu dem Vortrage der factischen Ergebnisse, welcher an die gewonnenen juristischen Sätze sich eng anschließen muß.

In den Fällen, in welchen die juristische Feststellung des Begriffs des Verbrechens keine Schwierigkeiten bietet, wird dieselbe angemessen sich an den Vortrag der thatsächlichen Ergebnisse anschließen, wenn sie nicht völlig entbehrt werden kann.

Bei der juristischen Erörterung hat sich der Defensor vor spitzfindigen und ermüdenden Ausführungen zu hüten. Insbesondre können sogenannte gelehrte Deductionen, wenn sie zu weit ausgedehnt werden, leicht ein gewisses Unbehagen verursachen. Der Vertheidiger hüte sich vor Auslegungen des Gesetzes, welche einer durch den Wortlaut, so wie die Tendenz des Gesetzes gerechtfertigten Auffassung widersprechen. Verdrehungen des Gesetzes sind in schriftlichen Arbeiten und noch mehr in mündlichen Vorträgen höchst unerquicklich und erwecken keine günstige Meinung für den Vertheidiger und für die von ihm vertretene Sache. Der Vertheidiger wird ferner grade hier sich vor jenem belehrenden, schulmeisterlichen Tone hüten, vor dem wir schon oben warnten. Auch mit Anführung von Stellen aus juristischen Schriften wird der Vertheidiger sparsam sein. Schlagende Beweisstellen werden gewiß den gehofften Einfluß nicht verfehlen. Allein ein zu ausgedehnter Gebrauch von Allegaten ermüdet und hat, weil sie häufig nicht scharf genug eingreifen oder als unanwendbar oder überflüssig sich darstellen, keinen günstigen Erfolg. Der Vertheidiger wird nicht vergessen, daß er zu rechtsgelehrten Richtern spricht, bei denen eine tüchtige und durch die Praxis geläuterte Gesetzeskenntniß, so wie Gewandtheit in Auslegung und Anwendung der Gesetze zu erwarten ist.

Der Verfasser hat sich bei dem, was er vorstehend über die Schlußvorträge bemerkt hat, allenthalben auf Andeutungen beschränken müssen. Ebenso hat er complicirtere Fälle — z. B. wenn mehrere Angeklagte gleichzeitig zu vertheidigen sind oder der Angeklagte mehrerer Verbrechen angeschuldigt ist — übergangen. Er behält sich vor, einzelne Punkte, so wie die complicirten Fälle in einem späteren Aufsatze zu besprechen. Auch die Vertheidigung in zweiter Instanz und den Gebrauch der Rechtsmittel überhaupt wird er zum Gegenstande besondrer Erörterungen machen. Einige Punkte sind es jedoch, welche jedenfalls einer Prüfung noch bedürfen.

Hierher gehört zuvörderst die Frage: Soll der Vertheidiger zuerst die belastenden Thatsachen zu beseitigen suchen und dann auf die Darstellung der entlastenden übergehen oder in welcher anderen Reihenfolge die Beweisgründe vortragen? Es ist bekanntlich diese Frage vielseitig von den Rhetoren der alten und der neuen Zeit behandelt worden. Es kann nicht verkannt werden, daß im Allgemeinen einerseits der Beginn des Vortrags mit der Beseitigung der belastenden Thatsachen sich empfiehlt, weil hierdurch die, dem Angeklagten günstigere Partie des Vortrags in den letzten Theil desselben verwiesen wird und das, was zuletzt vorgetragen wird, in der Regel den tiefsten Eindruck macht, andrerseits aber erfahrungsgemäß die günstige Meinung, welche im Anfange des Vortrags für eine Person erweckt wird, auch im Fortgange dessen fortwirkt und den Eindruck, welchen das spätere Vorbringen von belastenden Thatsachen hervorruft, mildert und abschwächt, so daß das anfängliche Vorbringen der belastenden Thatsachen nicht rathsam erscheint. Wie sonach weder die eine noch die andre Methode einen absoluten Werth beanspruchen kann, so ist auch weder die eine noch die andre unbedingt zu empfehlen und anwendbar. Die Gestaltung des einzelnen Falles muß entscheiden. In vielen Fällen wird es nicht einmal möglich sein, eine strenge Sonderung der belastenden und der entlastenden Thatsachen vorzunehmen. Es wird vielmehr bei jedem einzelnen Verdachtsgrunde oder sonstigen Abschnitte der Beweisführung die Darstellung und Prüfung auf alle einschlagenden thatsächlichen Momente sich erstrecken müssen und für die erschöpfende Behandlung die gleichzeitige Beurtheilung und Abwägung sich nöthig machen.

Mit dieser Frage hängt die Einrichtung des zweiten der Schlußvorträge zusammen. Das Gesetz verordnet unbedingt, daß dem Vertheidiger und dem Angeklagten das letzte Wort gebührt. Selbst in den Fällen, in welchen der Staatsanwalt nicht zum zweiten Male das Wort nimmt, wird der Vertheidiger unbehindert sein, nochmals und gleichsam zur Ergänzung seines ersten Vortrags das Wort zu ergreifen. In dem Schlußworte des Vertheidigers wird derselbe Gelegenheit haben, einen kurzen Ueberblick über die zu Gunsten des Angeklagten vorgetragnen Gründe zu geben und den von ihm gestellten Antrag zu rechtfertigen. Das Schlußwort ist daher ein wichtiger Theil des Vortrags. Es sind die letzten Worte, welche an die Richter gerichtet werden. Passen auch die Regeln, welche für das Schlußwort mit Bezugnahme auf die Rathschläge der alten Rhetoren[13] behufs der Erweckung einer günstigen Stimmung bei den Richtern häufig ertheilt werden, nicht auf ein Verfahren vor rechtsgelehrten Richtern, so wird dessenungeachtet eine zum Schlusse gegebene klare Uebersicht der für den Angeklagten sprechenden Gründe jedem Betheiligten und insbesondre auch den Richtern, welche in solcher Uebersicht gleichsam eine Controle für ihre eigne Auffassung finden werden, willkommen sein.

Eine andre Frage ist: Wieweit soll sich der Vertheidiger auf seine **Schlußvorträge** bereits **vor** der mündlichen Verhandlung vorbereiten? — Es liegt klar vor, daß eine erschöpfende Ausarbeitung und ein Auswendiglernen der Vertheidigung ebenso unnützlich als bedenklich ist. Denn die mündliche Verhandlung ist es, welche das Material für die Entscheidung liefert, und der Vertheidiger hat keine Bürgschaft dafür, daß die Ergebnisse der Verhandlung mit den Voracten allenthalben übereinstimmen, und daß nicht Beweisaufnahmen, welche in den Voracten nicht enthalten sind, stattfinden werden. Eine Abweichung in dem Ergebnisse würde möglicherweise seine ausgearbeitete Rede sehr stören. Dazu kommt noch, daß der Vortrag einer auswendig gelernten Rede stets etwas Mattes haben wird. Insbesondre aber ist zu berücksichtigen, daß der Redner, welcher auf seine ausgearbeitete und gut memorirte Rede sich verläßt, niemals

13) Diese sprechen hier von der peroratio, conclusio und altercatio. Die Neueren sprechen von der Recapitulation, — Erweckung des Interesses und der günstigen Stimmung, — Schlußbitte.

die gehörige Sicherheit erwerben wird, um auch ohne solche Vorbereitung einen guten Vortrag zu halten, und daß die Verhandlung selbst wiederholt den Vertheidiger nöthigen wird, ohne jede Vorbereitung Anträge zu stellen und zu rechtfertigen oder zu bekämpfen und zur Widerlegung zu sprechen. Dessenungeachtet wird eine Vorbereitung des Vertheidigers auf die Schlußvorträge insoweit immer nöthig sein, als er nicht ohne vorherige Feststellung der Gesichtspunkte für seine Thätigkeit in der Verhandlung und für die Schlußvorträge in die Sitzung sich begeben soll. Ist er über die Richtung, welche er hierbei zu verfolgen hat, sich selbst klar geworden, so wird er auch mit leichter Mühe einzelne Aenderungen derselben, nach Gelegenheit des Falls und den Ergebnissen der Beweisaufnahme, zu behandeln und einzelne neue Thatsachen oder Ergebnisse am passenden Orte mit zu berücksichtigen wissen. Der wenig geübte Redner mag nach den von ihm festgestellten Gesichtspunkten sich in seinem Innern die Skizze des Vortrags vergegenwärtigen, um gleichsam die einzelnen Abtheilungen in seinem Kopfe zu haben, in welche er bei der Verhandlung die entscheidenden Momente für die Schlußvorträge vertheilt. Es ist dies einem wenig geübten Redner auch deshalb anzurathen, weil erfahrungsmäßig ein solcher Redner ohne Vorbereitung leicht dadurch in Verlegenheit geräth, daß ihm das Material während des Vortrags so vielseitig zuströmt, daß er es nicht augenblicklich zu sondern und gewissermaßen zurecht zu legen versteht. Der ungeübte Redner will in dieser Verlegenheit das Material sogleich mit verarbeiten, — es kommen zu diesem Behufe vielfache Einschaltungen vor — und daß diese den Redner leicht verwirren und den Vortrag selbst unklar machen, ist eine bekannte Thatsache.

Man hat wohl in Regeln vorstehender Art eine Unterstützung der Ansicht gefunden, daß die Mündlichkeit zur Verdunkelung und nicht zur Aufklärung des wahren Sachverhalts diene und insbesondre der Erfolg der mündlichen Vertheidigung von Zufälligkeiten abhänge, die nicht entscheidend sein sollten. Allein es ist schwer zu begreifen, wie die Vorschrift, daß der Redner allenthalben wahr, klar und in logischer Ordnung spreche, zur Verdunkelung der Sache dienen könne. Andrerseits beweist der Einwand zu viel. Denn auch für die Abfassung schriftlicher Vertheidigungen gibt es viele Regeln und bedeutende Juristen haben sich mit der systematischen Behandlung und Aufstellung

derselben beschäftigt. Es werden gute und ausgezeichnete, schlechte und ganz schlechte Vertheidigungsschriften eingereicht und die Richter werden lieber die ersteren als die letzteren lesen, ebenso wie sie lieber gute als schlechte Vertheidigungen anhören werden. Gleichmäßig gute Vertheidigungen werden weder im mündlichen noch im schriftlichen Verfahren geliefert werden. Diese Ungleichheit liegt in der Natur des Menschen, nicht in der des Verfahrens. Auch die Richter sind nicht alle gleichmäßig befähigt und die Erkenntnisse derselben nicht von gleicher Güte.

Der Verfasser wendet sich nunmehr noch zu den Beschränkungen, welche, im Vergleiche mit der zeitherigen Gesetzgebung, der Umfang der sogen. nothwendigen Vertheidigung und hiermit die Uebertragung der Defensionalien aus der Staatscasse erlitten haben. Es sind die hierauf bezüglichen Bestimmungen vielfach angefochten und es ist wohl auch „die Verringerung des Einkommens der Advocaten" gemißbilligt worden. Wäre das letztre Argument beachtenswerth, so würde durch dasselbe der Stab über manches andere Gesetz gebrochen sein. Wir erinnern nur an die Ablösungsgesetze, an verschiedne Reformen des bürgerlichen Processes und auch an die Abänderungen der Strafgesetzgebung im Jahre 1838. Wir können dieses Argument wohl völlig auf sich beruhen lassen, da die Rechtsstreitigkeiten nicht wegen der Gerichte und der Advocaten nöthig, vielmehr die Verminderung der Streitigkeiten und die Vereinfachung des Verfahrens von der Gesetzgebung angestrebt werden muß.

In den Beschränkungen der sogen. nothwendigen Vertheidigung liegt nicht der Ausdruck eines Mißtrauens gegen den Advocatenstand, dessen Hebung und Kräftigung gewiß jeder, dem es mit der Sorge um eine gute Justizpflege Ernst ist, dringend wünschen muß. Es sind diese Beschränkungen vielmehr aus der Erwägung hervorgegangen, daß der Vertheidigungs-Beweis im mündlichen Verfahren mit ungleich wirksameren Mitteln und Attributen ausgerüstet ist, als im schriftlichen Verfahren. Die Beschwerden über die Stellung des Vertheidigers in dem letzteren sind in dem mündlichen Verfahren erledigt. Die Gründe, welche für die Ausdehnung der nothwendigen Vertheidigung im schriftlichen Verfahren sprechen, sind von der Natur des letzteren, insbesondre davon hergenommen, daß der Angeklagte erst nach dem Schlusse der Untersuchung vollständige Kenntniß von den Er-

gebnissen derselben erhält und außer Stand sich befindet, bei der Beweisaufnahme selbst irgendwie seine Interessen vollständig wahrzunehmen. In dem mündlichen Verfahren ist seine Lage eine ganz andre und ungleich günstigere. Die Vertheidigung und die würdige Stellung derselben war von der Gesetzgebung in das Auge zu fassen und nur diese als der maßgebende Zielpunkt zu betrachten. Für diese Hebung der Vertheidigung ist nun, wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, in einer Weise gesorgt worden, wie sie wohl allen gerechten Anforderungen entspricht.

Es ist gesagt worden, daß die Vertheidigung die Zuziehung eines Rechtsbeistands nothwendig bedinge und daher durch die Bestimmungen wegen der Uebertragung der Defensionalien aus der Staatscasse bedenklich beschränkt werde. Allein der Vordersatz dieser Einwendung ist unrichtig. Auch bei der zeitherigen Gesetzgebung war die Vertheidigung in vielen Fällen eine freiwillige und es fand eine Restitution der Defensionalien aus der Staatscasse nicht Statt. Konnte daher schon im schriftlichen Verfahren die Zuziehung eines Vertheidigers bei den leichteren Fällen als entbehrlich angesehen werden, so konnte dies noch eher in dem mündlichen Verfahren in Hinblick auf die dem Angeklagten gewährten Vergünstigungen geschehen.

Um übrigens den Nachweis zu liefern, daß dessenungeachtet unsre neue Gesetzgebung bezüglich der Erstattung der Defensionalien aus der Staatscasse nicht ungünstiger den Defensoren ist, als die übrigen Gesetzgebungen Deutschlands, will der Verf. nur aus einigen derselben die einschlagenden Bestimmungen referiren.

Die Oesterreichische Strafproceßordnung, welche den Vertheidigungsbeweis außerordentlich begünstigt und überhaupt von einem seltnen Geiste der Milde beseelt ist, erachtet in §. 213. die Vertheidigung für nothwendig, wenn es sich um ein Verbrechen handelt, worauf im Gesetze die Todes- oder eine Kerkerstrafe von mindestens fünf Jahren gesetzt ist. Ist ein Angeklagter nicht im Stande, die Vertheidigungskosten aus eignem Vermögen zu bezahlen, so soll ihm von dem Gerichte ein „Armenvertreter" beigegeben werden. Nach §. 214. ist jeder in die Liste aufgenommener Vertheidiger zur Uebernahme der ihm an seinem Wohnorte von dem Strafgerichte übertragenen Vertheidigungen verpflichtet.

Weiter bestimmt §. 345., daß der Angeklagte die Kosten der Vertretung auch dann zu zahlen habe, wenn ihm ein solcher Vertreter von Amtswegen vom Gerichte bestellt worden. Nur dem Armenvertreter sollen auf sein Verlangen „die nöthig gewesenen und wirklich bestrittnen baaren Auslagen" aus dem Staatsschatze vergütet werden.

In Preußen enthalten die §§. 433. der Criminalordnung, so wie §. 16 flg. der Verordnung v. 1849 und Art. 20 flg. des Gesetzes vom Jahre 1852 die hier einschlagenden Vorschriften. Die Vertheidigung ist nach §. 16. 60. der Verordnung nur in Schwurgerichtsfällen nothwendig, und §. 463. der Criminalordnung bestimmt, daß die Justizcommissarien „verpflichtet seien, sich als Vertheidiger der Angeschuldigten ohne Unterschied des Standes oder Vermögens gebrauchen zu lassen." Besitzt der Angeschuldigte kein Vermögen, so stellt sich — wie solches auch in der Preußischen Praxis unzweifelhaft anerkannt wird — die Defension als eine Official-Arbeit dar.[14]

In Bayern verordnet Art. 120. des Schwurgerichts-Gesetzes: „Der Staat hat in keinem Falle die Kosten der Vertheidigung zu tragen. Daher sind nur die am Gerichtssitze wohnhaften Anwälte und geprüften Rechtscandidaten zur Uebernahme einer Vertheidigung verpflichtet."

In Württemberg ist die Vertheidigung nothwendig, wo das Strafgesetzbuch Zuchthaus droht (in thesi). Die Rechtsanwälte sind nach einer bestimmten Reihenfolge zur Uebernahme einer nothwendigen Vertheidigung verpflichtet, sei es, daß die Wahl von dem Angeklagten oder dem Vorsitzenden ausgegangen ist.[15] Die Kosten der nothwendigen[16] Vertheidigung eines vermögenslosen Angeklagten trägt die Staascasse in der Art, daß dem Vertheidiger die Entschädigung für etwa erforderliche Reisen und Zeitversäumniß gewährt wird.

---

14) Das K. Preuß. Justizministerium hat jedoch in neuerer Zeit und namentlich durch eine Verfügung vom 5. Mai 1851 ein Recht zur Ablehnung der Vertheidigung in ziemlich ausgedehnter Maße anerkannt.

15) Holzinger, d. Schwurgerichte Württembergs S. 115 flg. in Verb. mit Art. 251. der Straf-Proc.-Ordn. v. 1843 und Art. 25. des Strafproceßgesetzes v. 1849.

16) Art. 25. cit. —

Wie mithin alle diese Gesetzgebungen den Vertheidigern bezüglich des hier fraglichen Punktes nicht so günstig sind, wie unsre neue Gesetzgebung, so stimmt mit derselben z. B. die Strafproceßordnung von Braunschweig überein, in welcher (§. 7.) verordnet ist, daß in schweren Straffachen, in welchen die Competenz des Criminalsenats durch die Schwere der angedrohten Strafe begründet ist, dem armen Angeklagten auf Kosten des Staats ein Vertheidiger beigeordnet werden soll.

Präjudizien.

1.

Die Subhastation eines Grundstückes, welche auf Antrag eines Gläubigers anberaumt worden ist, kann keinen Fortgang haben, wenn zu des Schuldners Vermögen Concurs ausgebrochen ist. Einige Bemerkungen über das Dispositionsrecht der Mehrzahl der Gläubiger über die Concursmasse.*)

„Das Oberappellationsgericht hat bei Prüfung der verschiedenen nach dem Vorstehenden in Anregung gekommenen Streitfragen Folgendes in Erwägung zu ziehen gehabt:

1) Mit der Concurseröffnung geht das Vermögen des Gemeinschuldners auf dessen gesammte Gläubiger behufs ihrer thunlichsten Befriedigung über. Die Unzulänglichkeit der Masse macht eine gewisse gegenseitige Beschränkung der verschiedenen Ansprüche nöthig. Damit diese eintreten könne, haben sich alle Gläubiger, welche Zahlung verlangen, bei dem Creditwesen zu melden und bei diesem ihre Forderung zu verfolgen. Wider den Gemeinschuldner dagegen können sie dieselben darum nicht fortsetzen, weil derselbe vermögenslos geworden ist. So folgt denn aus dem Wesen des Concurses nothwendig seine anziehende Kraft, demnach der Satz, daß alle Processe um Vermögensrechte in dem Augenblicke, wo der Beklagte in Concurs verfällt, zum Stillstand gelangen. Diesen Stillstand trifft namentlich auch das Vollstreckungsverfahren,

Dabelow, Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, S. 682.

Kori, System des Concursprocesses, §. 21.

und zwar dieses um so mehr, als außerdem sich einzelne Gläubiger zum Nachtheile ihrer Mitgläubiger besondere Vortheile verschaffen könnten. Das Vollstreckungsverfahren begreift, wenn ein Grundstück zum Hülfsgegenstande angegeben worden ist, auch die Subhastation desselben mit in sich.

---

*) Wochenbl. f. m. Rechtsfälle Jahrg. 1855 S. 505 flg. Nr. 118.

Erl.-Proc.-Ordnung, ad Tit. XXXIX.
Executionsgesetz, §. 40 und 41.
Grund- und Hypothekengesetz, §. 109. und 110.

Letzteres verbietet überdies ausdrücklich, ein vor Ausbruch des Concurses eingeleitetes Zwangsverfahren nach Ausbruch desselben fortzusetzen. Es sagt nämlich §. 150., daß, wenn Concurs zum Vermögen eines Besitzers von Immobilien eröffnet wird, das Concursgericht solches der Grund- und Hypothekenbehörde ohne Verzug mitzutheilen und die Eintragung eines Veräußerungsverbotes in das Grund- und Hypothekenbuch zu veranlassen hat, auch diese Veranlassung, selbst ohne ausdrücklichen Antrag, schon in der Mittheilung der Concurseröffnung liegen soll. Das Veräußerungsverbot aber bezweckt der Natur der Sache nach Sicherstellung der Masse nicht blos gegen den Gemeinschuldner, sondern auch gegen Gläubiger desselben und ist daher namentlich auch gegen diejenigen gerichtet, welche das Hülfsvollstreckungsverfahren wider den Gemeinschuldner fortzustellen versuchen könnten. Es ist demnach, wenn Concurs zu dem Vermögen des Besitzers von Grundstücken eintritt, eine bis dahin etwa eingeleitete Subhastation wieder aufzuheben. Daß dieß aber wirklich die Meinung des Grund- und Hypothekengesetzes sei, läßt sich um so weniger in Zweifel ziehen, als nach §. 109. ff. mit den Erstehungsgeldern ganz verschieden zu gebahren ist, je nachdem die Subhastation im Wege des Vollstreckungsverfahrens oder im Concurse stattfand und auch die rechtliche Stellung der Gläubiger rücksichtlich ihrer Befriedigung aus den Erstehungsgeldern sich mehrfach verschieden gestaltet, je nachdem das eine oder das andere der Fall war.

2) Das Mandat wider die Banqueroutiers vom 2. August 1783 (Oberl. Coll.-Werk, Tom. IV. pag. 18.) giebt im 4. und 12. Absatze des §. 22. an, daß es bei gewissen die Masse betreffenden Maßregeln auf den Beschluß der Majorität der Gläubiger ankommt. Es ist dort auch zu ersehen, daß die Majorität der Gläubiger schon vor dem Zeitpunkte, wo sich eine geschlossene Zahl derselben gebildet hat, entscheidet, denn es werden mehrfach Maßregeln erwähnt, welche in der Regel vor der Präclusive nothwendig werden. Die Verfügungen aber, bei denen sie zu hören sind, beziehen sich auf Einziehung, Bewahrung und Verwaltung der Masse, nicht dagegen auch auf die Verwerthung derselben. Vielmehr enthält der 9. Absatz die bestimmte Anordnung, daß, wenn innerhalb der gesetzlich dazu nachgelassenen Frist ein vom Gemeinschuldner den Gläubigern vorgeschlagener Vergleich nicht zu Stande gekommen ist, wegen Versteigerung der beweglichen und Subhastation der unbeweglichen Güter nach Vorschrift der Rechte zu verfahren oder wenigstens bei einschlagenden besonderen Umständen von dem Richter Bericht zu erstatten sei. Hiernach darf rücksichtlich der Subhastation unbeweglicher Güter von der Vorschrift der Rechte nicht abgewichen werden, selbst dann nicht, wenn dies die Majorität der Gläubigerschaft beschließen wollte. Diese Bestimmung, welche sich im geschärften Man-

date wider die Banqueroutiers vom 20. December 1766 ebenmäßig vorfindet, beruht auf einem guten Grunde. Denn dürfte die Mehrzahl der Gläubiger, welche in der Oberlausitz zu Folge §. 22. des obenerwähnten Gesetzes nicht nach der Kopfzahl, sondern nach der Höhe der zu fordern habenden Summen zu bemessen ist, etwas von den Gesetzen Abweichendes über die Versteigerung eines Grundstückes bestimmen; so würden einige wenige, durch Hypothek auf jeden Fall gesicherte Gläubiger leicht im Stande sein, Beschlüsse zu fassen, welche der Minorität der nachstehenden Hypothekengläubiger und der Chirographarier zum größten Nachtheile gereichen könnten. Das Oberappellationsgericht nimmt daher an, daß, wenn über Subhastation eines Grundstücks im Concurse etwas von den Gesetzvorschriften Abweichendes von der Gläubigerschaft beliebt werden will, hierzu Stimmenmehrheit nicht genügend, sondern Stimmeneinhelligkeit erforderlich ist und hat dies noch ganz neuerlich auszusprechen Veranlassung gehabt. (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Neue Folge, Band 13. Seite 18 flg.) Wenn nun, wie oben nachgewiesen worden ist, das Gesetz auf das Bestimmteste verordnet, daß eine im Hülfsvollstreckungsverfahren anberaumte Subhastation nach Ausbruch des Concurses zu des Schuldners Vermögen nicht fortgestellt werden soll, so ist der am 17. Juli 1854 zu Stande gekommene Majoritätsbeschluß für die Minorität nicht bindend.

3) Das gegenwärtig vorliegende Streitobject ist untheilbar, indem die Subhastation nicht einigen Betheiligten gegenüber aufgehoben, anderen Betheiligten aber gegenüber aufrecht erhalten werden kann, sondern, sobald ihre Gesetzwidrigkeit nachgewiesen ist, im Ganzen für zu Recht nicht beständig erklärt werden muß. So ist das Verhältniß bereits vom Oberappellationsgerichte in der Verordnung Bl. — aufgefaßt worden, und von gleicher Ansicht sind die hierauf in der Sache ertheilten Erkenntnisse ausgegangen. Wenn daher gleich Bl. — mit Grunde hervorgehoben werden konnte, daß F. W. R., L. verehel. R., geb. Th., F. E. R. und A. S. R. zu der fraglichen Subhastation die Zustimmung gegeben haben, so bleibt dies doch für die Entscheidung der Sache um deswillen einflußlos, weil nach den Acten in Gewißheit beruht, daß weder der Vormund der ünmündigen Anna P. R., noch Sch. die Einwilligung zu jener Subhastation ertheilt, auch der eine so wenig wie der andere nachträglich seine Genehmigung ausgesprochen hat.

4) Die Majorität der Gläubigerschaft erklärte zwar neuerlich, am 19. April 1855, daß sie die Rechtsbeständigkeit der am 31. Juli Statt gefundenen Subhastation anerkenne. Dieser ihr Beschluß ist jedoch, wie aus dem oben unter 1. und 2. Ausgeführten erhellt, für die Minorität, zu welcher der Vormund der minderjährigen Anna P. R. gehört, nicht bindend, ändert daher insofern offenbar an der Sachlage etwas nicht. Wenn aber schon auf des Letzteren Antrag allein die Ungül-



tigkeit der Subhastation auszusprechen ist, so erscheint es gleichgültig, wenn Sch. seine Forderung bei dem Creditwesen nicht angemeldet hat und von demselben durch die am 29. März publicirte rechtskräftige Präclusivsentenz ausgeschlossen worden ist. Uebrigens jedoch hat man der vorigen Instanz allerdings darin beizupflichten, daß von derselben nach Lage der Sache nicht darüber zu erkennen war, welchen Einfluß diese neuerdings, erst nach Bekanntmachung des Urthels Bl. — eingetretenen Thatsachen auf die rechtlichen Beziehungen der streitenden Theile unter einander äußern, da eine Entscheidung hierüber nur erst dann statthaft sein konnte, wenn alle bei der Sache Betheiligten in gesetzmäßiger Weise rechtliches Gehör gefunden hatten."

(Urthel des O.-A.-G. in Friedrich Wilhelm Ringel's Concurse, vom Monat September 1855.) L.

2.

In dem Versprechen des Adquirenten eines Grundstückes, die auf letzterem haftende hypothekarische Schuld bis zu einem bestimmten Tage zu bezahlen, liegt eine persönliche Verpflichtung desselben für die Schuld.

„Zwar hat Kläger in keiner Weise mit der für den Executivproceß erforderlichen Liquidität beigebracht, daß der Beklagte das libellirte Capital bei Acquirirung des Bl. — bezeichneten Grundstücks als unbezahltes Kaufgeld übernommen habe. Allein die wider den Beklagten erhobene persönliche Klage wird durch das Bl. — in beglaubter Abschrift befindliche Bekenntniß sub c. hinreichend begründet, indem er in letzterem zu Uebernahme der obigen, auf seinem Besitzthume eingetragenen Schuld sich ausdrücklich verpflichtet hat, mithin der zweite in §. 90. des Gesetzes vom 6. November 1843 ausgehobene Fall eintritt.

Denn es muß in diesem Documente die ausdrückliche Uebernahme der Schuld Seiten Beklagtens um so mehr erblickt worden, als in demselben ein *bestimmter* Tag, bis zu welchem längstens Beklagter das Capital nebst Accessorien auszuzahlen versprochen hat, festgesetzt ist.

Hätte nämlich Beklagter durch diese Zusicherung eine persönliche Verpflichtung nicht übernehmen wollen, dann hätte von einem bestimmten Zahlungstage nicht füglich die Rede sein können, weil außerdem für ihn nur die alternative Verbindlichkeit bestand, *entweder* die Schuld zu bezahlen, *oder* die gerichtliche Versteigerung, beziehentlich die gerichtliche Sequestration des Grundstücks zum Zwecke der Befriedigung der Gläubigerin geschehen zu lassen, mithin, wenn es sich nur um die Uebernahme einer Verbindlichkeit, wie sie dem dritten Besitzer des belasteten Grundstücks obliegt, gehandelt hätte, das betreffende Bekenntniß auch nur auf die Annahme der erfolgten Kündi-

gung oder eine alternative Uebernahme der ihm obliegenden Verpflichtung hätte beschränkt werden können.

Uebrigens würde, wenn man die vorliegende persönliche Klage als solche nicht für hinreichend begründet erachten könnte, dies dermalen noch nicht zu der vom Beklagten verlangten Abweisung derselben geführt haben, da die erhobene Klage auch als dingliche in den beigebrachten Urkunden volle Begründung findet, weiter das Proceßgericht bei angestellter dinglichen Klage ebenfalls competent gewesen sein, und es daher nur einer nach §. 2. ad tit. V. der Erl. P.-O. zulässigen Verbesserung des nach der Vorschrift in §. 87. des Gesetzes vom 6. November 1843 alternativ einzurichten gewesenen Klagesuchs bedurft haben würde."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen v. Gersdorf gegen Fischer, vom Monat September 1855.) L.

3.

Ueber die dem Beweis- oder Gegenbeweisführer gegen den unverschuldeten Verlust der Beweismittel zu ertheilende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

„Die Proceßordnung Tit. XX. §. 4. Tit. XXI. §. 1. und Tit. XXIV. §. 1. besagt, daß derjenige, welchem Beweis oder Gegenbeweis zu führen obliegt, die Beweismittel, welcher er sich zu bedienen gemeint ist, bei deren Verlust innerhalb der Beweisfrist anzugeben hat. Dasselbe gilt nach der Erl. P.-O. zu Tit. XVIII. §. 2. von dem Eide, wenn er bei dem Gegenbeweise, oder wenn er bei dem Beweise über eine Replik angetragen werden soll. Hiermit ist aber nicht zugleich über die Frage entschieden, ob es einer Partei erlaubt sei, an die Stelle eines Beweismittels, welches sie rechtzeitig angegeben, doch ohne ihre Schuld verloren hat, nach Ablauf der Beweisfrist ein anderes Beweismittel zu setzen. Bewährte Rechtslehrer nehmen dieß an, so Gönner im Handbuche des deutschen gemeinen Processes, Bd. 2. Abth. XXXIX. §. 5. 6. 7. S. 311., Spangenberg im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 7. S. 219 ff. Die Ansicht derselben findet auch in den Grundsätzen über die Wiedereinsetzung aus der Generalclausel ihre volle Berechtigung. Die Generalclausel enthält eine Erweiterung des Begriffs der absentia reipublicae causa auf andere Gründe unfreiwilliger, wirklicher oder fingirter Abwesenheit und dem zu Folge auch auf Hindernisse der Geltendmachung und Ausübung eines Rechtes, welches von dem Belange ist, daß die Restitution gerecht erscheint. Die L. 26. §. 9. D. ex qu. c. m. IV. 6. erklärt, nachdem von der Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit die Rede gewesen ist: Item (inquit praetor) si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam. Haec clausula edicto inserta est necessaria, multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent

restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt, ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum, utputa legatione quis pro civitate functus est, aequissimum est, eum restitui, licet reipublicae causa non absit. — Et generaliter quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet, ei subveniendum.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll zwar nach der Erl. P.-O. ad tit. XXXVII. nicht als ordentliches Rechtsmittel gegen Erkenntnisse eintreten können, ist aber außerdem im Processe so weit zulässig, als sie das gemeine Recht verstattet und die Proceßordnung nicht ausdrücklich eine Beschränkung getroffen hat. Es heißt nämlich im eben citirten Titel: „Was aber die restitutionem extraordinariam, so denen minoribus, piis causis und anderen, vermöge derer Rechte zustehet, anbetrifft, lassen Wir es zwar bei dem, was diesfalls in denen Rechten, auch oben ad tit. IX. §. 4. versehen, bewenden. Jedoch soll wider ein Urthel, so auf vorhergegangene Verwarnung bei Verlust des beneficii restitutionis in integrum gesprochen worden, keine Restitution weiter zugelassen sein." Dem entsprechend wird denn auch gegen versäumte Termine oder versäumte Proceßhandlungen die Wiedereinsetzung unter den nach den allgemeinen Grundsätzen über dieselbe sich dazu eignenden Umständen ganz unbedenklich ertheilt.

Den Principien des Sächsischen Processes widerstreitet es also an und für sich nicht, wenn dem Beweisführer verstattet wird, an die Stelle eines ohne seine Schuld verloren gegangenen Beweismittels ein anderes zu setzen. Die Proceßordnung Tit. XX. §. 8. spricht sich über die Anwendbarkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf einen solchen Fall sehr bestimmt aus. „Würde sich auch begeben und zutragen, daß vor oder unter währendem Examine dem Producenten alle, oder eines Theiles und sonderlich die fürnehmsten Zeugen mit Tode abgingen, soll man den Unterschied halten und mit Fleiß ponderiren: ob der Zeugenführer in Beförderung des Beweises gebührend- und schuldigen Fleiß angewendet, ihm die Zeugen citra ipsius culpam, ehe das Examen zu Werke gestellt werden können, entfallen, und es um dieselben also bewandt, daß er vermuthlich mit seinem Beweis periclitiren und sein Intent durch die übrigen noch lebenden nicht erhärten möchte? Und auf solchen Fall soll er auch post lapsum termini probatorii, doch ante publicationem attestationum, novos testes in locum demortuorum zu benennen befugt sein, sonsten aber ihm ein solches nicht verstattet sein."

Diese Vorschrift gab, wie aus Griebners Discurs zu Tit. XX. §. 8. der Proceßordnung zu entnehmen, mehrfach zu Zweifeln und Sachverschleifen Anlaß. Es ließ sich nämlich sehr häufig nicht mit Sicherheit übersehen, ob ein abgestorbener Zeuge wirklich zu den fürnehmsten Zeugen gehört habe und ebensowenig, ob der Beweisführer

durch den Ausfall eines Zeugen in die Gefahr versetzt werde, seinen Beweis nicht verführen zu können. Ferner war die Benennung neuer Zeugen nicht an eine gewisse kurze Frist gebunden, sondern konnte noch bis zur Eröffnung der Gezeugnisse geschehen.

Diesen Uebelständen wollte die Erl. P.-O. ad tit. XXIII. §. 2. abhelfen, indem sie bestimmte, daß, wenn ein oder mehr Zeugen vor der Abhörung mit Tode abgehen, oder auch schon vor Uebergabe der Artikel verstorben sind, der Beweisführer, welcher mittelst Eides erhärtet, daß er dies nicht gewußt habe, anstatt eines verstorbenen Zeugen ein oder zwei andere und nach Befinden der Umstände auch mehrere binnen sächsischer Frist a tempore notitiae, weiter aber nicht, benennen dürfe. Hiermit wurde der Streit darüber, ob ein Zeuge für den Beweisführer von Wichtigkeit gewesen, sowie darüber, ob der Beweisführer durch den Ausfall desselben rücksichtlich der Beweisführung gefährdet worden, kurz abgeschnitten, auch durch Beschränkung der Nachbenennung neuer Zeugen an eine angemessene kurze Frist Sachverschleifen vorgebeugt.

Sowohl die Proceßordnung Tit. XX. §. 8. als auch die Erl. P.-O. zu Tit. XXIII. §. 2. haben offenbar nicht den Zweck, zu bestimmen, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den unverschuldeten Verlust von Beweismitteln nur in dem einen Falle statthaft sein soll, wenn dem Beweisführer ein Zeuge durch Tod verloren gegangen ist, denn es ist weder aus der Wortfassung der hier citirten Stellen, noch aus einer sonstigen Vorschrift der Proceßordnung zu ersehen, daß die Wiedereinsetzung gegen unverschuldeten Verlust von Beweismitteln auf eine den allgemeinen Prinzipien über die Wiedereinsetzung direct zuwiderlaufende Weise beschränkt werden sollte. Im Geiste der Proceßordnung aber würde, wie schon oben angedeutet wurde, eine solche Bestimmung nicht liegen. Auch läßt sich nicht annehmen, daß sie als nothwendige Consequenz gewisser oberster Grundsätze des sächsischen Proceßrechtes zu betrachten sei. In dieser Beziehung könnte nur allenfalls darauf verwiesen werden, daß der Kläger, wenn er sich des Eidesantrags bedienen will, dies schon in der Klage erklären muß. Zu bemerken jedoch hat man, daß dies eine Regel ist, welche nur für den ordnungsmäßigen Gang des Processes gilt, ihre Anwendbarkeit dagegen verliert, sobald aus demselben herausgeschritten wird. Dieser Fall tritt ein, wenn zu Folge der Wiedereinsetzung ein Nachtragsbeweis gestattet wird. Soll übrigens derselbe geeignet sein, seinem Zwecke genügen zu können, so darf er nicht rücksichtlich der Wahl der Beweismittel beschränkt, vielmehr muß gestattet sein, an die Stelle des verloren gegangenen Beweismittels ein Beweismittel anderer Art zu setzen, daher auch an die Stelle von Urkunden oder Zeugen den Eidesantrag. Daß der Beklagte dadurch in Betreff seiner Rechtsvertheidigung gefährdet werden würde, ist mit Grund darum nicht zu behaupten, weil die ihm ins Gewissen geschobenen Beweisartikel keine anderen wesentlichen That-

sachen enthalten dürfen, als schon in der Klage angegeben waren, übrigens aus den allgemeinen Principien über die Abänderung einer Klage in Betreff des Beweises selbstverständlich folgt, daß er bei der Einlassung auf die Artikel an seine Herauslassungen in der Klagbeantwortung nicht so schlechterdings gebunden ist. Peremtorische Einreden aber, welche er der Klage entgegensetzte, gehen ihm durch einen nachträglichen auf den Eid gestellten Beweis nicht verloren. Denn sie bleiben ihm, wenn er den Eid zurückgiebt und es bedarf ihrer Ausführung nicht, wenn er ihn annimmt.

Hierbei ist übrigens daran zu erinnern, daß ein eventueller Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den unverschuldeten Verlust von Beweisurkunden und sodannigen Ersatz derselben durch Eidesantrag schon zeither unbedenklich gefunden wurde. Ein allgemeiner Gerichtsbrauch nämlich gestattete, daß über Thatsachen, zu deren Beweise eine Urkunde angegeben worden, der Eid für den Fall angetragen werden durfte, daß die Urkunde nicht edirt würde.

Betrachtet man den §. 2. der Erl.=P.=O. tit. XXIII. für sich allein, so kann man allerdings wohl versucht sein, anzunehmen, daß gegen den unverschuldeten Verlust von Beweismitteln nur in dem von ihm erwähnten Falle und nur in der von ihm erwähnten Maaße Wiedereinsetzung eintreten soll. Hält man ihn jedoch mit den sonstigen hier einschlagenden zweifellosen Vorschriften der Proceßordnung zusammen, so muß man nothwendig die Ueberzeugung gewinnen, daß er nicht eine exclusive Bestimmung aufstellen wollte, wohl aber eine ungenügende Fassung und zwar um deßwillen erhielt, weil zunächst nur daran gedacht wurde, die Vorschriften §. 8. des Tit. XVIII. der Proceßordnung in zweckentsprechender Weise abzuändern. Anstatt nun, wie es angemessen gewesen wäre, den in den obersten Principien der Proceßordnung liegenden Satz, daß gegen jeden unverschuldeten Verlust eines Beweismittels die Wiedereinsetzung zukommt, allgemein auszusprechen, erklärte man sich hier nur darüber, wie derselbe in einem besonderen Falle, nämlich in dem, wenn verstorbenen Zeugen andere Zeugen substituirt werden sollen, zur Geltung zu bringen sei, schloß aber damit seine Anwendbarkeit auf andere ähnliche Fälle nicht aus. In diesen übrigens muß rücksichtlich der Restitutionsfrist analog gelten, was die Erl. P.=O. zu Tit. XXIII. §. 2. bestimmte. Denn hätte man bei Abfassung der Proceßordnung daran gedacht, über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den unverschuldeten Verlust von Beweismitteln im Allgemeinen einen Satz aufzustellen, so hätte er, wenn er nicht gegen anderwärts ausgesprochene Principien verstoßen sollte, nur im Sinne der nurerwähnten Gesetzstelle lauten können. Es kann daher die Substitution eines neuen Rechtsmittels überhaupt nicht länger als innerhalb sächsischer Frist von der Zeit an verstattet werden, wo der Beweisführer von dem Verluste des früher von ihm angegebenen Rechtsmittels Kenntniß erhielt.

Das Oberappellationsgericht hat in einem im Jahre 1850 bei demselben zur Entscheidung gelangten, im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle 1850 S. 363 abgedruckten Falle allerdings angenommen gehabt, es enthalte die Erl. P.-O. Tit. XXIII. §. 2. eine Ausnahme von der Regel, daß mit Ablauf der Beweisfrist für den Beweisführer alle diejenigen Beweismittel verloren sind, deren sich derselbe innerhalb der Beweisfrist in gehöriger Weise nicht bedient hat, weshalb sie denn streng zu erklären und auf andere ähnliche Fälle nicht auszudehnen sei. In anderen Rechtssachen dagegen, so mittelst Urthels vom 25. November 1841 in Sachen Höfterin und Gen. gegen Döhner, ferner mittelst Urthels vom 3. Mai 1845 in Sachen des Gütervertreters in Hönig's Nachlaßschuldenwesen gegen die Hönigin und mittelst Urthels vom 21. December 1854 in Sachen der Hoffin gegen Götze sprach es aus, daß wenn ein bei dem Beweise angegebenes Rechtsmittel ohne Schuld des Beweisführers verloren gegangen, derselbe innerhalb sächsischer Frist von der Zeit an gerechnet, wo er von diesem Verluste Kenntniß erhalten, ein anderes, auch nicht gleichartiges Beweismittel an dessen Stelle setzen könne.

Bei Gelegenheit der Entscheidung in vorliegender Rechtssache hat das Oberappellationsgericht die verschiedenen Gründe, welche für und gegen diese Ansicht geltend gemacht werden können, wiederum in Erwägung gezogen und in dessen Folge sich von der Richtigkeit derselben zu überzeugen gehabt. Es war daher auf des Wiederbeklagten erste Beschwerde das vorige Urthel so, wie geschehen, abzuändern."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Joh. Christianen Säurig und Genossen gegen August Fritzsche, vom Monat September 1855.)

L.

4.

Nichtanwendbarkeit des Grundsatzes, pater est, quem justae nuptiae demonstrant, auf Kinder, welche vor dem Ablaufe der kürzesten Schwangerschaftsdauer in der Ehe geboren worden sind.

„Unter den Parteien ist nicht bestritten, daß die Klägerin mit ihrem jetzigen Ehemanne am 8. Mai 1851 getraut und von ihr das in der Klage bezeichnete Kind schon vier Monate darauf am 8. September desselben Jahres geboren worden ist.

Klägerin verlangt nun vom Beklagten unter der auf den Eid gestellten Behauptung:

> daß er, in der Zeit zwischen dem 182. und 302. Tage von gedachter Geburt an zurückgerechnet, sich zu wiederholten Malen fleischlich mit ihr vermischt habe.

einen, nach dem Vermögen des Beklagten, als des natürlichen Vaters jenes Kindes zu bemessenden Alimentationsbeitrag sammt Accessorien.

Der Klage ist durch die Hinweisung auf ein gerichtliches Zeugniß sub ⊙ die Behauptung inserirt, daß Beklagter sich nicht auf die

Rechtsregel: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, beziehen könne, weil der nachherige Ehemann der Klägerin dieser zuerst am 163. Tage vor der Geburt des Kindes fleischlich beigewohnt habe.

Auch ist der Klage ein kirchliches Zeugniß sub 𝔍 beigefügt, worin bestätigt wird, daß dem ernannten Ehemanne der Klägerin am 8. September 1851 von seiner Ehefrau ein Sohn geboren, und diesem bei der Taufe am 11. ejsd. die Namen: „Friedrich Theodor" beigelegt worden seien.

Nachdem Beklagter den ihm beigemessenen Beischlaf verneint, aber den darüber ihm angetragenen Eid zurückgegeben, erachtete die erste Instanz das Verlangen der Klägerin für schlüssig und erkannte, daß diese sowohl das beregte relatum zu schwören, als auch ihr replicatorisches Anführen:

„wie sie innerhalb der Zeit vom 182. bis zum 302. Tage vor ihrer obgedachten Niederkunft mit ihrem Ehemanne den Beischlaf nicht vollzogen habe,

zu beweisen verbunden sei.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte nur die Klägerin um deswillen, weil ihr noch der Beweis einer Replik auferlegt worden sei. Es wurde aber dasselbe in zweiter Instanz bestätigt, auch die Klägerin in die Kosten des verzögerten Processes verurtheilt.

Gegenwärtig liegt nun eine anderweite Berufung der Klägerin vor, indem sie als Beschwerdepuncte aufstellt

a.,

daß es bei dem noch auf Beweis erkennenden Urthel erster Instanz verbleiben, sie auch

b.,

die Kosten der Appellation zu erstatten verbunden sein solle, während doch

c.,

zur Verurtheilung des Beklagten die Ableistung des referirten Eides Seiten der Klägerin genügen müsse.

Schon diese Darstellung der factischen Vorlagen giebt an die Hand, daß der von Beklagtem gegen die Statthaftigkeit der Klage daraus abgeleitete Einwand:

daß nach dem Taufzeugnisse sub 𝔍 der Ehemann der Klägerin das fragliche Kind als ein ihm gebornes anerkannt habe,

dermalen eben so wenig wie überhaupt eine aus diesem Zeugnisse gegen den Anspruch der Klägerin zu entnehmende Einwendung Beachtung finden könne.

Denn es hat Beklagter gegen das Erkenntniß erster Instanz, welches die Klage für begründet erachtet und in dem beregten Taufzeugnisse kein derselben entgegentretendes Hinderniß erblickt, ein Rechtsmittel nicht eingewendet.

Wollte man aber auch, von dieser Rechtskraft ganz abgesehen, in dem Umstande, daß der Klägerin Ehemann anscheinend das von

seiner Ehefrau am 8. September 1851 geborne Kind als das seinige habe taufen und in das Kirchenbuch eintragen lassen, dem Kinde gegenüber, ein Anerkenntniß erblicken, welches der Vater nachher nicht anzufechten vermag, um dadurch dem Kinde die Rechte eines ehelichen zu entziehen, so würde doch ein dritter diese Handlung als ein ihm ertheiltes Anerkenntniß nicht geltend machen können, um dadurch den auf die Behauptung des fleischlichen Umganges mit der Mutter des Kindes gestützten Anspruch abzulehnen.

Dies würde, wie das Oberappellationsgericht schon in mehreren Fällen ausgesprochen, z. B. im Jahre 1854 in Sachen Grünerts gegen Müller, nur dann der Fall sein, wenn die Taufe des Kindes und die Eintragung in das Kirchenbuch als ein zwischen dem Ehemanne und dem Schwängerer der Mutter verhandeltes Geschäft, die Seiten des Ehemannes hierzu ertheilte Gestattung, als eine dem Schwängerer gegenüber abgegebene Erklärung, als ein gegen diesen ertheiltes Geständniß oder Anerkenntniß oder als eine aus der Handlung selbst nothwendig folgende Verzichtleistung zu betrachten wäre. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß einerseits das beregte Kirchenzeugniß seiner Fassung nach keineswegs mit Bestimmtheit nachweist, daß das fragliche Kind auf den Namen des Ehemannes der Klägerin getauft und in das Kirchenbuch eingetragen worden sei, und daß andererseits überhaupt auch nach Maaßgabe des gerichtlichen Zeugnisses sub ⊙ der Klägerin Ehemann nachgehends bei der Behörde der Legitimität dieses Kindes ausdrücklich widersprochen hat.

Es konnte daher aus allen diesen Gründen in voriger Instanz zu Gunsten des jetzigen Beklagten auf das beregte Kirchenzeugniß und auf die Verordnung vom 28. Mai 1850, einige Bestimmungen über die Taufe betreffend, nicht Bezug genommen werden.

Sonach bleibt nur noch die Frage zur Beantwortung übrig: ob im vorliegenden Falle die Klägerin die Rechtsregel: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, dergestalt gegen sich gelten lassen müsse, daß auf Grund der hieraus entspringenden Präsumtion ihr Ehemann bis zum Erweise des Gegentheils als der Vater des Kindes angesehen werden müsse und sie daher auch noch die ebengedachte Replik zu beweisen habe?

Diese Frage ist zu verneinen:

Das römische Recht stellt die mögliche Dauer der Schwangerschaft bis zur Geburt eines lebenden Kindes auf den Zeitraum vom 182. Tage bis zum Ablaufe des zehnten Monates der Erzeugung l. 3. §. 11. 12. Dig. de suis et legitim. her. (38. 16.) Dieser Zeitraum wird auch als maaßgebend erachtet, wo es sich um die Paternität eines Kindes handelt, wie sowohl aus den so eben citirten Stellen der Pandecten als aus den Worten der

> l. 12. Dig. de statu hominum (1. 5.): septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum

est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse,

unzweifelhaft hervorgeht.

Wenn also innerhalb dieser Periode, oder innerhalb eines Theiles derselben die Mutter eines Kindes in der Ehe gelebt hat, dann ist der Ehemann präsumtiv Vater des Kindes und es ist nur auf diese Voraussetzung die Rechtsregel: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, zu beschränken. Mit Recht wird daher dieselbe von

Sintenis, das practisch=gemeine Civilrecht, 3. Bd. §. 138.

auf den Satz: daß alle in stehender Ehe von der Frau empfangene Kinder als vom Manne erzeugt betrachtet werden sollen, reducirt, während andere Interpreten des römischen Rechts hieraus überhaupt folgende Sätze:

daß, wenn ein Kind wenigstens am 182. Tage nach eingegangener Ehe geboren worden, die Vermuthung für dessen eheliche Geburt, jedoch wenn es vorher geboren worden, die Vermuthung wider dessen eheliche Geburt streite,

Thibaut, System des Pandectenrechts, 8. Ausgabe, §. 259.

oder: daß die ebengedachte Präsumtion für und wider den Vater gelte, so daß jeder Theil sich darauf berufen könne, der ein Interesse dabei habe,

von Savigny, System des heutig. römischen Rechts, 2. Bd. p. 389.

abgeleitet haben.

Jedenfalls ist sonach die Anwendung obiger Rechtsregel da ausgeschlossen, wo das Kind vor dem 182. Tage nach eingegangener Ehe geboren wird.

Die Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht,

cfr. Berger, Oecon. jur. Lib. I. tit. II. nr. 2.

pflegen, wie dies auch in voriger Instanz geschehen, sich auf

c. 11. Cod. de natural. liberis (5. 27.) die nov. 89. cap. 8.

und neuerdings auf §. 14. des Allodialerbfolgegesetzes vom 31. Januar 1829 zu beziehen.

Allein es ist hierbei in der

Abhandlung Nr. XIV. in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwalt. N. F. 6. Bd. pag. 481 flg.

des Speciellsten nachgewiesen, daß die beregten Stellen des römischen Rechts nur den Fall einer legitimatio per subsequens matrimonium vor Augen haben und davon ausgehen, wie das unbestritten von dem Ehemanne gezeugte Kind auch dann, wenn erst nach der Zeugung der Vater die Mutter geheirathet, für dessen legitimes gelten solle. Hieraus kann mithin nur soviel folgen, daß bei einem vor dem 182. Tage nach geschlossener Ehe gebornen Kinde des Ehegatten Anerkennung den mangelnden Zeitraum zu ersetzen, überhaupt die Anerkennung des Vaters gewisse der Legitimität entgegenstehende Mängel zu heilen vermag.

cfr. Thibaut, l. cit.
v. Savigny, l. cit. not. f.
Sintenis, l. cit. not. 11.
Excurse über das im Königreiche Sachsen gültige Civilrecht, 1. Abth. pag. 66. 67.

Nur für Fälle dieser Art ist zu Gunsten der Kinder die Bestimmung getroffen: ut non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur.

Und auf derselben Rücksicht beruht die Bestimmung in §. 14. des Allodialerbgesetzes vom 31. Januar 1829,

daß für eheliche Abkömmlinge zu achten sein sollen alle aus einer durch priesterliche Trauung vollzogenen Ehe Gezeugte oder Geborne,

indem auch nach dieser Fassung immer noch die Paternität des Ehemannes vorausgesetzt sein kann,

cfr. Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1854, pag. 414.

und als vorausgesetzt um so mehr angenommen werden muß, als damit das sächsische Recht nur mit den Bestimmungen des gemeinen Rechtes in Einklang geblieben ist, welche es insbesondere noch durch

das Rescript vom 27. Februar 1635, C. A. I. pag. 1033.

anerkannt hat, indem es die Thatsache, daß eine Ehefrau im 7. Monate nach eingegangener Ehe geboren, als den Grund bezeichnet, weshalb der partus für ein legitimus zu erachten und die Ehefrau mit der damals noch für außereheliche Schwängerungen bestandenen Strafe zu verschonen gewesen sei.

Wenn nun bereits oben gezeigt worden, daß der gegenwärtige Beklagte auf ein von der Klägerin Ehemanne erfolgtes Anerkenntniß der Paternität des von dieser am 8. September 1851 gebornen Kindes zu Ablehnung der gegen ihn geltend gemachten Ansprüche sich nicht beziehen könne, wenn ferner auch die Rechtsregel pater est, quem justae nuptiae demonstrant an sich gegenüber dem Ehemanne der Klägerin bei der so kurze Zeit nach Eingehung der Ehe erfolgten Geburt nicht eintritt, also eine Präsumtion, daß dieser der Vater des Kindes sei, gar nicht vorliegt, so hatte auch Klägerin nicht nöthig, zu Beseitigung dieser Präsumtion ihrer Klage eine entsprechende Replik zu inseriren, oder dieselbe, wenn sie es gleichwohl gethan, zu beweisen.

Unter diesen Umständen kann die nach Ausweis der Beifuge sub ⊙ von der Klägerin Ehemann abgegebene Erklärung: wie er sich mit der Klägerin das erste Mal am 163. Tage vor der erfolgten Geburt des Kindes fleischlich vermischt habe, nur als ein für die Beurtheilung der Sache ganz irrelevantes Geständniß angesehen werden. Es war deshalb auch Klägerin mit dem ihr in den früheren Instanzen auferlegten Beweise eines replicatorischen Anführens zu verschonen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen W. verehel. H. gegen H. R., vom Monat September 1855.) L.

5.

Zur Erklärung des Art. 83. der allgem. d. W.-O.

„Das Oberappellationsgericht hat in der fol. — Act. sub Rep. IIa. Lit. S. Nr. 64. angezogenen Rechtssache Carl Friedrich Rudolphs gegen Johann Buchner (Nr. 111/158. III. 1853) sich Inhalts der in Abschrift beiliegenden Entscheidungsgründe bereits ausführlich dahin ausgesprochen, daß bei Wechseln, welche vor der mittelst Gesetzes vom 25. April 1849 in Sachsen erfolgten Publication der deutschen Wechselordnung ausgestellt und verfallen, aber zur Zeit dieser Publication noch nicht verjährt gewesen, in Ansehung der Verjährungsfragen nicht den Vorschriften des älteren Wechselrechts, sondern den durch die neue Wechselordnung bestimmten, von da als gültig zu betrachtenden, nachzugehen ist.

Nun ist zwar das damals vorgelegene Rechtsverhältniß von dem gegenwärtigen insofern verschieden, als der fol. — in Abschrift befindliche Wechsel zur Zeit der sec. fol. — erst am 30. Januar 1854 angestellten Klage, sowohl nach älterem als neuerem Rechte unzweifelhaft bereits verjährt war, und aus solchem nicht der wechselmäßige Regreß erhoben worden, vielmehr es sich in Betreff desselben darum handelt, ob die frühere oder spätere Gesetzgebung Platz zu greifen habe, wenn jene (das Oberlausitzer Wechselmandat vom 16. November 1776, §. 17.) aus einem dergleichen verjährten, dann als Obligation geltenden Wechsel eine Rechtsverfolgung noch zuläßt, welche diese (Art. 83. der deutschen Wechselordnung) in gleicher Maaße keineswegs für statthaft ansieht; allein die in den obigen Rationen enthaltenen Grundsätze hinsichtlich der Klagenverjährung bei Eintritt eines neuen Gesetzes finden auch im vorliegenden Falle vollständig Anwendung. Denn ist in deren Gemäßheit anzunehmen, daß die Verjährung jenes Wechsels, welcher zur Michaelismesse 1848 zahlbar, also beim Erscheinen der deutschen Wechselordnung noch nicht präjudicirt war, nach den Vorschriften der letzteren zu beurtheilen sein würde, so muß ebenso bei Entscheidung der obigen Frage, ob, wenn diese Verjährung bereits erfolgt ist, noch executive aus demselben geklagt werden könne, oder nun die Vorschriften des neuen Gesetzes einzutreten haben, der Ansicht beigestimmt werden, welche bereits fol. — ausführlich gerechtfertigt worden ist. Es findet auch solche, schon in demjenigen vollkommene Begründung, was in besagtem Artikel über das Klagrecht des Wechselgläubigers disponirt worden, wenn man damit §. 10. der Ausführungsverordnung vom 23. April 1849 in Verbindung bringt. Mit dem Wechselgeschäfte als solchem und mit der bei demselben von dem Aussteller des Wechsels übernommenen Garantie für die Bonität steht es nämlich an sich gar nicht in unmittelbarem Zusammenhange, ob, wenn bei ersterem wegen Nichtbeachtung der dafür geltenden Formalien, oder der hinsichtlich der wechsel-

mäßigen Verbindlichkeit des Ausstellers bestimmten Verjährungszeit an dem aus dem Wechsel zuständigen Regresse eine Versäumniß eingetreten, dem auch in der L. 14. D. de condict. indebiti (12. 6.) ausgesprochenen Principe gemäß, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern solle, die verletzte Partei noch einen Anspruch auf Ersatz der Schäden nach Höhe der auf Seiten des Beklagten erfolgten Bereicherung zu erheben befugt sei, sondern es beruht solcher auf allgemeinen, im Civilrechte geltenden, nicht auf wechselrechtlichen Vorschriften, und dessen im Wege des ordentlichen Processes zu bewirkende Ausführung ist nach eben den Erfordernissen zu beurtheilen, wie jede andere auf Schädenvergütung gerichtete Klage. Der gedachte Art. 83. der deutschen Wechselordnung enthält daher eigentlich nichts, was der Vermittelung durch die Wechselgesetzgebung bedurft hätte, und wofür innerhalb der Grenzen desselben über die obige Frage Vorsehung zu treffen gewesen wäre.

Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 1. S. 118.

Ist nun demungeachtet in nurgedachtem Artikel die fol. — ausgehobene Bestimmung aufgenommen worden, daß mit dem Ablaufe der Wechselverjährung auch die Verbindlichkeit des Ausstellers oder Acceptanten wenigstens in der Regel für erloschen zu achten, und nur noch die Ausführung der der lädirten Partei durch Bereicherung des Gegentheils erwachsenen Schäden zuzulassen sei; so war damit die obige Vorschrift des Oberlausitzer Wechselmandats, daß aus einem verjährten eigenen Wechsel noch in der Eigenschaft einer Obligation solle geklagt werden können, gänzlich unvereinbar, und es hätten daher offenbar in §. 10. der erwähnten Ausführungsverordnung alle damals in Sachsen geltende Gesetze über Wechsel oder Wechselrecht (wohin das gedachte Wechselmandat gehört) gar nicht außer Kraft gesetzt werden können, wenn hinsichtlich der fraglichen Disposition eine Ausnahme zu machen in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hätte, zumal solche in anderer Beziehung wirklich gemacht worden ist. Daß zufolge jenes Artikels 83. der ursprüngliche Wechsel oder das Accept nach dem Erscheinen der Wechselordnung nicht weiter als Schuldschein benutzt werden könne, wird übrigens auch in den Schriften über das neue Wechselrecht übereinstimmend angenommen.

Bluntschli, die allgemeine deutsche Wechselordnung, S. 127.
Brauer, die allgem. deutsche Wechselordn., S. 141. sub 2.
Renaud, Lehrbuch d. gem. deutsch., sowie des in der allgemein. deutsch. Wechselordnung enthaltenen Wechselrechts, §. 88. Anmerk. 2.

Hierdurch stellen sich die von Klägerm erhobenen Einwendungen als unerheblich dar, und es gilt dies namentlich in der Hinsicht, daß der fragliche Wechsel vor Einführung mehrbesagter Wechselordnung nicht nur ausgestellt, sondern auch fällig und zahlbar war. Denn auch auf diese, von welchen §. 11. des Einführungsgesetzes nicht handelt, sind, wie die Eingangs gedachten Entscheidungsgründe an die Hand

geben, nicht die Grundsätze des ältern Wechselrechts, sondern die des neuern in Ansehung der Verjährungsfrage anzuwenden, nach welchen für Klagen aus dem Wechsel auf Rembourfirung die im Art. 78. sub 1. und in Verbindung mit Art. 98. sub 10. festgesetzte Verjährungsfrist bestimmt, nach deren Ablauf aber nur noch die in §. 83. nachgelassene Ausführung statthaft ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen August Bähr's gegen Christian Friedrich Stübner, vom Monat September 1855.) L.

6.

Die ademtio legati ist an keine Form gebunden.

„Zwar behauptet Kläger Bl. — daß, wenn auch wirklich ein derartiger Hergang*) stattgefunden haben sollte, damit doch nicht die Einrechnung seiner Arztrechnung in das Legat gültiger Weise verfügt worden sei; denn, weil bei der Testamentserrichtung an eine Aufrechnung des Legates mit seiner Forderung nicht gedacht, ein hierauf bezüglicher Wille des Testators vielmehr erst nach der Testamentserrichtung ausgesprochen worden sei, komme dies auf eine mutatio testamenti (richtiger eine theilweise ademtio legati) hinaus, die darum gegen ihn keine Wirksamkeit habe, weil diese, wie die Testamentserrichtung selbst, an gewisse Formen gebunden sei, die nach des Beklagten eignem Anführen nicht beobachtet worden seien.

Allein es findet der zweite Satz in den Rechten keine Begründung, wenn man auch in jener Erklärung des Erblassers eine wirkliche theilweise ademtio legati — und es ist dieses die für Beklagtens Stellung zulässige nachtheiligste Subsumtion — erblicken will.

Denn in der That ist der Widerruf der Vermächtnisse an keine Form gebunden,

Die einschlagenden Stellen des römischen Rechts, insbesondere

l. 3. §. 11. D. de adim. vel transfer. leg. (34. 4.)

non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. Unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur? Et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videri, quod relictum est, sin autem levis offensa, manet fideicommissum. und

l. 27. C. de fideicomm. (6. 42.)

fideicommissum ejus, qui reliquerat poenitentia probata, successores nunquam praestare compellnntur,

---

*) Der Beklagte hatte nämlich dem Kläger, welcher von ihm Bezahlung seiner ärztlichen Liquidation wegen Behandlung seines Erblassers forderte, die Ausflucht entgegengesetzt, daß Kläger im Testamente des gedachten Erblassers mit einem die Forderung weit übersteigenden Legate bedacht worden sei, und der Testirer ihm, Beklagten, am Tage nach der Testamentserrichtung auf Befragen erklärt habe, mit dem Legate solle zugleich die Forderung Klägers abgemacht sein.



sind in dieser Beziehung bestimmt und lassen eine gegentheilige Auslegung um so weniger zu, als hiernach selbst blos äußere Umstände, aus welchen eine Willensänderung nur geschlossen werden kann, und wenn gleich eine ademtio legati weder durch Wort noch durch That ausdrücklich zu erkennen gegeben werden, z. B. eine zwischen dem Testator und Legatar nachgehends entstandene schwere Feindschaft — inimicitiae capitales vel gravissimae — das Vorhandensein einer ademtio statuiren. Denn es leuchtet ein, daß es sich hier um eine Feindschaft zwischen dem Erblasser und dem Honorirten handelt, welche erst nach dem Tode des Ersteren zur Sprache gebracht worden ist, weil die Gesetzesstelle auf einen vermuthlichen Widerruf hinweist, welcher bei Lebzeiten des Testators, der seine Willensänderung jeden Augenblik ausdrücklich zu erkennen zu geben in der Lage ist, nicht füglich in Frage gelangen kann. Ebenso beurkundet die zweite Stelle, daß ein Vermächtniß schon dann als widerrufen zu betrachten ist, wenn der Honorirte blos den erweislichen Willen oder nur die veränderte Gesinnung des Erblassers wider sich hat,

cf. Sintenis, Civilrecht 3. Band pag. 732.

und es kann deshalb auch nicht so unbedingt für richtig erachtet werden, wenn einige Rechtslehrer zu der ausdrücklichen ademtio legati die Gegenwart zweier Zeugen, — wenn schon nicht solemnitatis causa, sondern nur des Beweises wegen — zu erfordern scheinen,

cf. Kind, quaestiones for. T. II. cap. 58. pag. 245.
Curtius, Handbuch ꝛc. 3. Ausg. §. 793.

indem vielmehr nur in jedem einzelnen Falle nach den concreten Umständen das Vorhandensein des Beweises der ademtio zu bemessen sein wird.

Es hat deshalb auch die Bl. — vorgeschützte Exception um deswillen nicht für unstatthaft angesehen werden können, weil die Zahl der Zeugen, vor denen der Erblasser die theilweise ademtio legati ausgesprochen haben soll, nicht bezeichnet ist, nach Bl. — sogar es den Anschein gewinnt, daß nur ein Zeuge dabei zugegen gewesen sei.

An diesen Dispositionen des römischen Rechts hat auch die Particulargesetzgebung nichts geändert.

Denn die 11. Decision vom Jahre 1746 verlangt nur bei dem Widerrufe eines solchen Vermächtnisses, welches der Testator in Gegenwart des Erben Jemandem zugewiesen, die Zuziehung von fünf Zeugen, und kann überhaupt nicht auf Vermächtnisse ausgedehnt werden, welche bei Gelegenheit eines unter den gesetzlichen Feierlichkeiten errichteten letzten Willens dritten Personen ausgesetzt worden sind.

Im vorliegenden Falle ist ohnedem vom Beklagten, daß er bei Aussetzung des Legates an den Kläger zugegen gewesen sei, Bl. — bestritten worden.

Die Anwendung der Decision auf den Widerruf der „nicht in Gegenwart des Erben" ausgesetzten Legate erscheint aber um so zuverlässiger ausgeschlossen, als eines Theils die Motiven, aus denen jenes Gesetz hervorgegangen,

cf. Bauer, zur 11. Decision §. 15.

auf den Widerruf anderer Legate kein Anwenden finden, und andern Theils der Gesetzgeber sich nicht veranlaßt gesehen haben würde, die strengeren Solennitäten auf den speciellen Fall zu beschränken.

Vielmehr ist im Gegensatze aus dem letzteren Umstande zu entnehmen, daß dem Widerrufe anderer Vermächtnisse es dieser Feierlichkeit nicht bedürfen soll.

Kind, l. c. pag. 245.

Wie es daher insoweit die sächsische Gesetzgebung bei den Vorschriften des römischen Rechts bewenden lassen, so ergiebt sich dies auch noch aus der Decision Nr. I. des Mandates vom 30. März 1822, welche die von Kind, cap. 58. angeregte Quästion entscheidet und zum Widerrufe einer Schenkung auf den Todesfall eine jede, auch ohne Feierlichkeit geschehene, Willensmeinung für hinlänglich erachtet, noch um so bestimmter, als die Schenkungen auf den Todesfall schon durch Justinian in allen Beziehungen überhaupt den Vermächtnissen gleichgestellt sind, und die Meinung des Klägers Bl. —, daß zu Schenkungen auf den Todesfall es überhaupt keiner Feierlichkeit bedürfe, unrichtig ist,

cf. l. ult. C. de mortis causa don. (8. 57.)

mithin auch seiner Schlußfolgerung, daß die Schenkungen auf den Todesfall nicht mit den Vermächtnissen in gleiche Linie gestellt werden könnten, nicht beigetreten werden kann.

Mit Recht ist daher dem Beklagten der Beweis seines exceptivischen Vorbringens Bl. — nachgelassen worden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Wächsler gegen Barth, vom 4. August 1855.) δ.

7.

Von welchem Zeitpunkte an ist der Anfang des Concurses zu rechnen, wenn derselbe zu einem Nachlasse ausbricht?

„Auch das Oberappellationsgericht hat die Ansicht festgehalten, daß, wenn zu einem Nachlasse ein Creditwesen ausbricht, der Anfang desselben, wenn nicht schon vorher im Interesse der Nachlaßgläubiger dem entsprechende gerichtliche Maaßregeln ergriffen werden, nicht vom Todestage des Verstorbenen, sondern von da an zu berechnen sei, wo die Erben vom Nachlasse sich losgesagt haben und das Gericht die Eröffnung des Concurses beschlossen; eine ausreichende Veranlassung aber, welche nach den in Frage stehenden Verhältnissen eine Abweichung von dieser Meinung rechtfertigen könnte, liegt um so weniger vor, als erst in Folge des nachtheiligen Resultats, welches sich durch die am 13. Juli 1852 vorgenommene Subhastation des Ritterguts B. ergeben, die Insolvenz des gedachten Nachlasses sich zu Tage gelegt hat, und nach der darauf geschehenen Lossagung der Erben von dem-

selben unterm 20. November 1852 die Concurseröffnung resolvirt worden ist."

(Urthel des O.-A.-G. im Lamm'schen Nachlaßcreditwesen, vom 7. August 1855.) δ.

8.

Zur Lehre vom Schadenersatze, mit besondrer Beziehung auf das Verbrechen des Aufruhrs.

„Beklagter bestreitet seine solidarische Verpflichtung zum Ersatze der libellirten Brandschäden Blt. — hauptsächlich aus dem Grunde, weil es zwischen den ihm beigemessenen Handlungen und der Entstehung der in der Klage erwähnten Brandschäden an jedem ursachlichen Zusammenhange fehle; ein dolus, nämlich eine auf die Brandstiftung selbst gerichtete Absicht, sei ihm nicht schuld gegeben worden; eine culpa falle ihm ebenfalls nicht zur Last, weil er nicht habe voraussehen und voraussetzen können, daß bei dem im Monat Mai des Jahres 1849 in Dresden ausgebrochenen Aufruhre eine Brandstiftung vorkommen könne; auch sei in der Klage nicht einmal behauptet worden, daß die von Waldheim nach Dresden abgegangenen Zuzügler bei diesen Brandstiftungen irgend wie sich betheiligt hätten. —

Dieser Argumentation des Beklagten ist aber auch in gegenwärtiger Instanz nicht beizupflichten, vielmehr die Klage aufrecht zu erhalten gewesen. Nach den bei dieser Frage maaßgebenden Bestimmungen des römischen Rechtes ist die Verbindlichkeit zum Schadenersatze schon im Allgemeinen nicht blos in der Person dessen begründet, welcher den Schaden durch seine eigene, unmittelbare Handlung hervorgebracht hat; sondern es ist auch derjenige als ersatzpflichtig zu betrachten, welcher durch seine Handlungsweise die mittelbare Veranlassung zur Beschädigung gegeben hat, qui damni causam, occasionem praestitit. (§. ult. I. de l. Aq. 4. 3., l. 7. §. 6., l. 11. §. 1., l. 49. pr. D. ad leg. Aquiliam 9. 2.)

Es ist dabei zur Begründung dieser Ersatzpflicht nicht einmal schlechthin erforderlich, daß der Anstifter die eingetretene Beschädigung als etwas Gewöhnliches oder Nothwendiges habe voraussehen müssen, denn die Verbindlichkeit zum Schadenersatze kann auch dann eintreten, wenn die Beschädigung erst durch die Mitwirkung einer freien Naturkraft oder eines andern, nicht unbedingt vorauszusehenden Ereignisses herbeigeführt worden ist. Nothwendig für die Begründung der Ersatzpflicht ist es allerdings, daß die Handlung eine widerrechtliche, auf dolus oder culpa beruhende sei, und daß zwischen derselben und der Entstehung eines Schadens ein ursächlicher Zusammenhang stattgefunden habe; allein in ersterer Beziehung ist zu gedenken, daß bei der Verpflichtung zum Schadenersatze außerhalb der Vertragsverhältnisse auch der geringste Grad der Verschuldung in Betracht gelangt,

l. 44. pr. D. ad l. Aq. 9. 2. (in lege Aquilia et levissima culpa venit);

in letzterer Hinsicht aber ist es als ausreichend zu betrachten, wenn angenommen werden kann, daß durch die widerrechtliche Handlung einer oder mehrerer Personen erst die Möglichkeit entstanden sei, daß, nach Befinden unter der Mitwirkung noch anderer Umstände, eine Beschädigung eintreten könne. Ebensowenig ist es nach gemeinem Rechte zu bezweifeln, daß, wenn mehrere Personen sich bei einer strafbaren oder positiv rechtswidrigen Handlung betheiligt haben, der hierdurch unmittelbar oder mittelbar veranlaßte Schaden von jedem einzelnen in ungetheilter Hand vertreten werden müsse,

l. 11, §. 4. D. ad leg. Aq. 9. 3. l. 14., §. 15. D. quod metus causa, 4. 2.

l. 1. §. 10., l. 2, 3. D. de his qui effud. 9. 3.

l. 1. C. de cond. furtiva.

und daß hierbei das mit dem einem der mehreren Schädenpflichtigen etwa getroffene Abkommen die Verbindlichkeit der übrigen gegen den Beschädigten nicht, sondern nur die wirklich erfolgte Ersatzleistung, in soweit diese geschehen ist, aufhebt.

Bei der Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze auf die Schäden, welche durch einen verbrecherischen Aufruhr, insbesondere durch den Maiaufstand zu Dresden im Jahre 1849 und durch die, in Folge desselben stattgefundenen Straßen- und Barrikadenkämpfe an Staats- und Privateigenthum verursacht worden sind, ist allerdings davon auszugehen, daß dieser Aufstand sich in seiner Entstehung und seinem Fortgange als ein organisirtes Ganze darstellt und daß dieses verbrecherische Unternehmen nicht anders zu beginnen und fortzuführen war, als wenn die Anstifter und Rädelsführer desselben auf die Betheiligung und die **thätige** Mitwirkung einer großen Anzahl einzelner Personen rechnen konnten und diese thätige Betheiligung sodann auch wirklich eintrat. Es ist also die civilrechtliche und solidarische Verpflichtung zum Schadenersatze nicht allein auf diejenigen zu beschränken, welche das ganze Unternehmen hervorgerufen und geleitet, oder die einzelne schadenbringende Handlung angeordnet oder mit handhafter That ausgeführt, sondern es kann diese Verbindlichkeit bei allen Platz ergreifen, welche sich überhaupt an diesem Aufstande in thätiger Weise betheiligt, durch ihre Handlungsweise das Ganze unterstützt und dazu beigetragen haben, daß der als causa oder occasio damni zu betrachtende Kampf der Insurgenten gegen die gesetzliche Gewalt eingegangen und fortgeführt werden konnte.

Von diesem Gesichtspuncte aus betrachtet gehört allerdings die Organisation, Beförderung, Ausrüstung eines Zuzugs, der, wie in der vorliegenden Klage behauptet worden ist, in Dresden noch während des Aufstandes eingetroffen ist, sich den Aufständischen angeschlossen, deren Streitkräfte vermehrt und selbst am Kampfe Theil genommen hat, zu denjenigen Handlungen, welche die civilrechtliche Verpflichtung zum Ersatze eines Schadens begründen kann, wenn sich die Beschädigung während der Anwesenheit der Zuzügler ereignet hat und

als eine Folge des Aufstandes anzusehen ist, und wenn in bereits gedachter Maaße hierbei auch der geringste Grad einer Verschuldung in Anschlag kommt, so kann sich der Beklagte mit dem Einwande nicht schützen, daß er die fraglichen Brandstiftungen nicht gewollt oder nicht vorausgesetzt habe.

Aus diesen Gründen, welche mit denen der vorigen Instanz und den in andern ähnlichen Fällen von dem Königl. Oberappellationsgerichte befolgten Ansichten übereinstimmen, hat das Erkenntniß auf Beweis des geleugneten Klagegrundes bestätigt werden müssen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen des Actors der Brandversicherungsanstalt gegen Schulze, vom 2. August 1855.)

δ.

9.

Zur Lehre von der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher.

„Das Anverlangen des Klägers, daß ihm, als Besitzer des zu M. unter Nr. 9. Cat. gelegenen Bauergutes, der Beklagte als Besitzer des im Grund- und Hypotheken-Buche für M. auf fol. — eingetragenen Feldstücks einen jährlichen Aversionalbeitrag von 3 Thlr. 2 Ngr. 5 Pf. zu den Reallasten, noch außer gewissen in der Klage speciell bezeichneten andern Beiträgen zu gewähren habe, ist auf einen doppelten Klaggrund gestützt. Zuvörderst glaubt Kläger mit Beziehung auf §. 22. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 seinen Anspruch durch das Anführen begründet:

daß die fragliche Reallast im Grund- und Hypothekenbuche auf dem Folium des Beklagten in der angegebenen Weise ohne Beschränkung eingetragen sei;

daß dieß geschehen sei, bevor er, Kläger, das berechtigte Gut erkauft habe, beziehentlich als dessen Eigenthümer in dem Grund- und Hypothekenbuche eingetragen worden sei;

daß mithin ihm, als drittem Besitzer, der dieses Recht im Vertrauen auf die Richtigkeit der Einträge erworben habe, vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothenbuchs Seiten des Besitzers des belasteten Grundstücks die Entrichtung dieses Beitrags nicht verweigert werden könne.

Es ist auch in jetziger Instanz die Statthaftigkeit dieses Klaggrundes aus folgenden Gründen anerkannt worden:

Das in §. 22. des Gesetzes vom 6. November 1843 ausgesprochene und als die Basis aller einzelnen Vorschriften des Gesetzes angenommene Princip der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher bringt es mit sich, daß, wie schon von

Heyne, im Commentar, §. 5. pag. 14 flg.

ausgeführt worden, Jeder nach den im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträgen sich unbedingt muß richten können, daß ihm nicht anzusinnen ist, die betreffenden Unterlagen einzusehen, um sich zu

überzeugen: ob die fragliche Eintragung gehörig fundirt sei? und daß daher gegen den dritten redlichen Inhaber eines eingetragenen Rechtes, auch wenn der Eintrag ein unstatthafter oder ungültiger ist, gleichwohl eine Nichtigkeit desselben auf keine Weise zu statuiren ist.

Wie daher Alles dasjenige, was in dem Hypothekenbuche in Bezug auf das Eigenthum oder sonstige dingliche Recht enthalten ist, als rechtlich feststehend anzusehen ist, so kann auch gegen die Person, welche ein derartiges, im Hypothekenbuche schon eingetragenes Recht erwirbt, in Bezug auf dieses Recht irgend eine Einwendung oder Ausstellung nicht mehr gemacht werden, dafern nur Erstere in gutem Glauben gehandelt hat.

Die aus der im §. 22. des Gesetzes anerkannten Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher entlehnten, im §. 23. aufgestellten Beispiele sind zum Theil namentlich auch für den vorliegenden Fall anwendbar, insofern z. B. nach Nr. 4. der hypothekarische Schuldner die Einrede der Bezahlung oder des Erlöschens einer eingetragenen Forderung gegen den eingetragenen dritten, welcher die Forderung im guten Glauben erworben hat, nicht gebrauchen kann, und kein Grund abzusehen ist: weshalb in soweit derjenige, auf dessen Grundstücksfolium eine Geldpräftation als Reallast eingetragen ist, nicht dem hypothekarischen Schuldner gleichgestellt sein sollte?

Der neue Erwerber eines Grundstücks, in welches von einem andern Grundstücke ein gewisser jährlicher, auf dem Grundstücke des Verpflichteten ohne Widerspruchsbemerkung oder Beschränkung eingetragener Erbzins zu entrichten ist, kann daher auch nicht dem Einwande des Besitzers des belasteten Grundstücks, daß der Vertrag, auf welchem die Verbindlichkeit zu Entrichtung des Zinses beruhe, ungültig sei, oder seine Gültigkeit verloren habe, ausgesetzt sein, er ist vielmehr ohne Rücksicht darauf, ob die Bestellung des Erbzinses eine gültige gewesen, oder derselbe nachgehends in Wegfall gelangt ist oder nicht, denselben auf Grund des in §. 22. aufgestellten Princips zu fordern berechtigt.

cfr. Heyne, l. c. pag. 148. sub Nr. 4.

Es konnte auch im vorliegenden Falle, so weit der Klaggrund aus der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher entlehnt worden, der Wegfall dieser Leistung nicht mit Beziehung auf das Gesetz vom 9. September 1843, die Einführung des neuen Grundsteuersystems betr., gefolgert werden, da der in §. 6. des gedachten Gesetzes erwähnte Wegfall mehrerer Leistungen nur auf Steuern und Abgaben, so früher vom Grundeigenthume an die Staatscasse zu bezahlen gewesen sind, sich bezieht, während im vorliegenden Falle es sich um einen Beitrag zu den Reallasten, von welchen die Staatsabgaben zu unterscheiden sind, handelt.

Auch die Bl. — vorgeschützte Ausflucht der Transaction mit dem Vorbesitzer Klägers kann, gegenüber dem aus der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher entnommenen ersteren Klaggrunde, abgesehen

davon, daß nach der etwas generellen Darstellung Beklagtens die zwischen ihm und Klägers Vorbesitzerm, W—, angeblich getroffene Vereinigung weniger auf eine fortdauernde Befreiung seines Grundstücks, als auf die concreten persönlichen Verhältnisse während der Besitzzeit W—'s gerichtet gewesen zu sein scheint, eben so wenig wie die Bl. — vorgeschützte Ausflucht, daß gegen den zu bezahlenden Aversionalbetrag der Besitzer des berechtigten Grundstücks zu einer Gegenleistung, insbesondere zu Uebertragung gewisser Reallasten verpflichtet gewesen sei, gegen den jetzigen Kläger in Betracht kommen; denn auch hier steht dem letzteren zur Seite, daß er eine ganz unbeschränkte Berechtigung im guten Glauben und im Vertrauen auf die Richtigkeit der Hypothekenbücher in dem Umfange, wie sie in den letzteren eingetragen, erworben hat, und daß ihm dieser Rechtszustand vermöge der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach §§. 22., 23. des Gesetzes vom 6. November 1843 unversehrt erhalten werden muß, so lange nicht, was aber gegenwärtig Seiten Beklagtens ganz unterlassen worden, Thatsachen angeführt und nachgewiesen werden können, daß Kläger bei Erwerbung des berechtigten Grundstücks sich in Ansehung des geforderten Beitrages zu den Reallasten nicht im guten Glauben befunden habe."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Hellfahrt gegen Lohße, vom 9. August 1855.) δ.

10.

Das Zugeständniß der Stuprata, ein Andrer sei der Vater des außer der Ehe von ihr gebornen Kindes, ist dem Vormunde des letzteren gegenüber, wenn dieser Alimente für das Kind fordert, wirkungslos. — Alimenta praeterita kann der Vormund ohne Weiteres nicht einklagen. —

„Der Anspruch auf Gewährung verhältnißmäßiger Alimentationsbeiträge und eventuelle Bestreitung des Beerdigungsaufwandes steht nicht allein der Mutter eines außerehelichen Kindes, sondern auch dem letztern und beziehungsweise dessen Vormunde gegen den Stuprator zu. Die Ansprüche beider sind unabhängig von einander und eben deshalb kann ein Geständniß der Mutter in Bezug auf die streitige Alimentationsverbindlichkeit den Rechten des durch seinen Vormund gesetzlich vertretenen Kindes eben so wenig präjudiciren, als eine Verzichtleistung der Mutter auf ihre Ansprüche oder ein von dieser mit dem Stuprator ohne Zustimmung des Vormundes und der obervormundschaftlichen Behörde abgeschlossener Vergleich für das Kind und dessen Vormund so ohne Weiteres rechtsverbindliche Wirkungen zu äußern vermag. Sieht man aber die in der Registratur Bl. — enthaltene Erklärung der außerehelichen Mutter, daß nicht der Beklagte, sondern der Bl. — genannte L. der Vater des Kindes sei, dessen Alimentation jetzt von dem Vormunde gefordert wird, als das

Zeugniß einer dritten Person an, so hat dasselbe, wie die vorige Instanz richtig bemerkt, weil es ein unbeschwornes und formloses ist, keine Beweiskraft gegen den jetzigen Kläger, und nur ein liquides Zugeständniß des letzteren selbst, oder eine liquide proceßhindernde Ausflucht würde die Leistung des über den thatsächlichen Inhalt der Klage angetragenen und stillschweigend angenommenen Eides verüberflüssigen. Die Bl. — angezogene Entscheidung in einer andern Rechtssache paßt nicht auf den vorliegenden Fall, weil aus der eignen Angabe des Beklagten hervorgeht, daß es sich dabei um eine Erklärung gehandelt hat, welche von der Klägerin selbst und nicht, wie hier, von einer dritten Person abgegeben worden war. ꝛc. Mit Fug ist also von den vorigen Instanzen auf das Bl. — geförmelte delatum über den behaupteten außerehelichen Beischlaf erkannt worden, und nur darin vermag das Königl. O.=A.=G. denselben nicht beizustimmen, daß die Klage auch in Ansehung der von der Geburt des Kindes an bis zur Behändigung der Klage verfallenen Alimentengelder aufrecht erhalten worden ist. Denn die auf die Vergangenheit zu leistenden Alimente kann nur derjenige verlangen, von welchem oder aus dessen Vermögen dieselben bestritten worden sind. Eine Präsumtion steht dem jetzigen Kläger hierbei nicht zur Seite; er mußte also zur Begründung seines Anspruchs auf die bis zur Behändigung der Klage verstandenen Alimentenbeiträge geeignete Thatsachen anführen, und das hat er unterlassen."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Böttcher gegen Schröder, vom 7. August 1855.) *S.*

11.

Die Ausflucht der bereits stattgefundenen Schwangerschaft der Stuprata befreit den Stuprator nicht von der wenigstens interimistischen Gewährung von Alimenten.

„Weil die Beschwerde des Beklagten ꝛc. nur a. dagegen, daß das angefochtene Urthel den Gerichtsbescheid fol. —, durch welchen er auf Grund seines Zugeständnisses, am 9. Februar 1853 mit der Klägerin sich fleischlich eingelassen zu haben, zu interimistischer Gewährung von Alimenten für das von der Klägerin am 24. August 1853 außer der Ehe geborne Kind bis zum Beweise seiner Ausflucht, daß Klägerin zur Zeit jenes Beischlafs bereits schwanger gewesen sei, für verpflichtet erachtet worden, bestätigt und b. eventuell gegen die Höhe des ihm auferlegten Alimentenbeitrags gerichtet ist, nun aber ad a. die Meinung, daß in einem Falle wie der vorliegende, der Beklagte als der präsumtive Vater des unehelichen Kindes, unbeschadet der weiteren rechtlichen Ausführung seiner Exception, zur interimistischen Alimentirung des Kindes anzuhalten sei, auch von dem O.=A.=G. angenommen ist, da für dieselbe ganz die nämlichen Gründe sprechen, auf welchen die desfallsigen Bl. — angezogenen Bestimmungen des römischen Rechtes bezüglich der ehelichen Kinder beruhen,

hiernächst ad b. ꝛc. ꝛc., so ist das gedachte Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Zubin gegen Kretzschmar, vom 9. August 1855.) δ.

12.

Das Anführen der getrennt lebenden Ehefrau, daß sie die Kinder allein erzogen habe und ferner erziehen wolle, begründet für sich allein noch nicht einen Anspruch an den ehelichen Vater der letzteren auf Ersatz der Alimente für die Vergangenheit und Gewährung der zukünftigen.

„Den in zweiter Instanz entwickelten Gründen hat man insgesammt beizutreten gehabt und bemerkt nur noch Folgendes: Auf der einen Seite ist zwar der eheliche Vater, wie auch der Beklagte nicht bestreitet, verpflichtet, seine Kinder zu ernähren und zu erziehen, auf der andern Seite ist er aber auch wiederum berechtigt zu verlangen, daß ihm die Kinder zur eignen Erziehung überlassen werden. Nur wenn Gründe vorliegen, die gegen die Ueberlassung der ehelichen Kinder zur Erziehung an den Vater sprechen, kann die competente Behörde nach erfolgter Cognition in dieser Beziehung etwas Anderes anordnen. Daß nun Gründe vorliegen, weshalb dem Beklagten die eigne Erziehung seiner schon im 9. und beziehentlich 10. Lebensjahre stehenden Kinder nicht überlassen werden könne, oder daß die competente Behörde angeordnet habe, die Kinder sollten bei der Mutter, der Klägerin, erzogen werden, ist in der Klage nicht angeführt worden. Eben so ist in der Klage nicht angeführt worden, daß Beklagter sich geweigert habe, die Kinder zur eignen Erziehung und Unterhaltung zu sich zu nehmen. Ein Grund, worauf gestützt die Klägerin sowohl für die Vergangenheit als für die Zukunft einen Alimentationsbeitrag von dem Beklagten verlangen könnte, ist mithin von der Klägerin in thatsächlicher Beziehung nicht angegeben worden. Es fehlt hiernach aber auch an einer Thatsache, auf die der in der Klage angetragene Eid gerichtet werden könnte. Der bloße Umstand, daß die Klägerin die mit dem Beklagten in der Ehe erzeugten Kinder nach der Scheidung der Ehe erzogen habe und ferner erziehen wolle, reicht nach den obangegebenen allgemeinen Grundsätzen über die Verpflichtung und Berechtigung des ehelichen Vaters nicht aus, um das Klaggesuch zu begründen ꝛc."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Nebrichin gegen Nebrich, vom 3. August 1855.) δ.

13.

Das Anführen, daß gewisse Verhandlungen, Vereinbarungen u. s. w. mit dem „Directorium" eines Vereines stattgefunden haben, ist für den Eidesantrag ungeeignet.

„Mit Recht ist von der vorigen Instanz eingehalten worden, daß

das Klagvorbringen mit Hinsicht auf den gebrauchten Eidesantrag als unschlüssig sich darstelle, weil Kläger, anstatt diejenigen Personen, welche mit Beklagtem verhandelt und bei Ausführung des Auftrags des letztern thätig gewesen, speciell und namentlich aufzuführen, in dem hier fraglichen Zusammenhange überall nur die allgemeine Behauptung aufgestellt haben, daß Beklagter mit dem klagenden „Directorium" verhandelt und dieses die durch seinen, Beklagtens, Auftrag nothwendig gewordenen Handlungen ausgeführt habe. Man kann der Ansicht der vorigen Instanz, daß insoweit kein für den Eidesantrag geeignetes Vorbringen vorliege, nur beistimmen. Denn der Ausdruck „Directorium" enthält an sich allerdings nur einen Begriff; und wer behauptet, daß er mit dem Directorium irgend eines Vereins verhandelt oder daß ein solches Directorium eine Handlung vorgenommen habe, spricht keine reine Thatsache, sondern eine blose Folgerung aus, deren Richtigkeit eben erst dadurch erkannt werden kann, wenn er die physische Person oder die mehreren physischen Personen, welche im concreten Falle ein solches Directorium bilden, namentlich bezeichnet und deren Eigenschaft als Directoren beibringt. Das Verhältniß ist, zumal wenn, wie im gegenwärtigen Falle nach der Kläger eignem Anführen stattfindet, ein solches Directorium aus einer Mehrzahl von Personen besteht, ganz analog dem, wo der Mitpaciscent eine juristische Person ist. Derjenige Theil, welcher sich auf einen mit einer solchen abgeschlossenen Vertrag bezieht, wird stets diejenigen physischen Personen, welche für die als das eigentliche Rechtssubject sich darstellende juristische Person zu handeln berechtigt sind, benennen müssen und dies, wenn die Klage auf den Eid gestellt worden, sofort in der Klage zu bewirken haben."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen der Directoren des Hähnicher Steinkohlenvereins gegen Moritz, vom 24. August 1855.)

δ.

14.

Durante matrimonio kann der Ehemann Forderungen an die Ehefrau von letzterer nur dann einklagen, wenn sie Receptitienvermögen besitzt.

„Während bestehender Ehe kann der Ehemann von der Ehefrau nur unter der Behauptung und dem Nachweise ihm zustehende Forderungen einklagen, daß letztere Receptitien besitze. Außerdem erscheint in Hinsicht auf das Verhältniß, in welchem der Ehemann als Inhaber des ihm inferirten eheweiblichen Vermögens sich befindet, die Geltendmachung von Ansprüchen des Ehemannes nur erst dann zulässig, wenn es zur Restitution des Einbringens kommt und solchenfalls der Ehemann sich compensando wegen seiner Forderungen bezahlt machen kann."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Engert gegen Engertin, vom 16. August 1855.)

δ.

15.

Die blose Thatsache des Arrestschlags begründet noch nicht das forum arresti. — Arrestschlag ist zulässig, wenn ein Ausländer mit einem Inländer contrahirt und im Inlande zu zahlen sich verpflichtet hat. — In wiefern ist die Notification an den Hauptschuldner nöthig?

„Wenn die zweite Instanz sagt, daß von der Frage, ob bei Ausbringung des fraglichen Arrestes die desfalls nöthigen Voraussetzungen vorhanden gewesen seien? ganz abgesehen werden könne, da nach dem Gesetze vom 26. October 1834 §. 17. der Gerichtsstand des Arrestes auch den Gerichtsstand für die Hauptsache begründe, somit es lediglich auf das Factum des Arrestschlages ankomme, so kann ihr allerdings nicht beigepflichtet werden. Indem das Gesetz jene Bestimmung traf, setzte es offenbar voraus und mußte es voraussetzen, daß das forum arresti selbst begründet sei, daß also diejenigen Bedingungen vorhanden seien, welche nach dem bestehenden Rechte zur Begründung desselben erforderlich sind. Daß das Gesetz in dieser Beziehung an dem früheren Rechte etwas habe ändern wollen, läßt sich aus dessen Worten schlechterdings nicht entnehmen, wohl aber ergiebt sich aus den Motiven des Gesetzes ganz klar, daß dadurch lediglich die Entscheidung der von dem Beklagten erwähnten Controverse bezweckt worden ist.

vgl. Landtagsacten vom Jahre 1833/34 Abth. I. Bd. III. S. 490 flg.

Indessen ist hiermit für den Beklagten nichts gewonnen, denn nach der A. P.-O. tit. LI. §. 1. soll der Arrestschlag unter andern auch dann verstattet und zulässig sein, wenn ein Ausländer, welcher im Inlande nicht angesessen, mit einem Inländer contrahirt und im Inlande zu bezahlen sich verpflichtet hätte. Dieser Fall liegt vor. Beklagter ist, wie er selber zugiebt, Ausländer und er hat nicht behaupten mögen, daß er im Königreiche Sachsen possessionirt sei, ferner handelt es sich hier um eine Forderung für Druckarbeiten, welche Beklagter bei den Klägern bestellt und von ihnen geliefert erhalten; da nun die Kläger in Leipzig wohnhaft sind und dort ihre Druckerei besitzen, so ward Beklagter schon durch die Bestellung verbindlich, nach erfolgter Lieferung der bestellten Arbeiten den Klägern die Zahlung in Leipzig zu leisten, denn Zahlungen, welche in Gelde bestehen, müssen, wenn etwas Anderes hierunter nicht ausdrücklich ausgemacht ist, in der Regel dem Gläubiger in das Haus gebracht oder übersendet werden.

vgl. Curtius Handbuch §. 1633.

Da nun überdies Kläger durch Beibringung des Bl. — ersichtlichen, notariell beglaubigten Rechnungsauszugs aus ihren Handelsbüchern ihre Forderung an den Beklagten auf eine wenigstens für den fraglichen Zweck ausreichende Weise documentirt hatten, so war auch die verfügte Anlegung des Arrestes gerechtfertigt.

Nun bestreitet zwar der Beklagte die Legalität des hierbei von dem Gerichte eingeschlagenen Verfahrens namentlich deshalb, weil das Gericht unterlassen habe, auch ihm von der getroffenen Arrestverfügung Notification zu ertheilen und ihm seine Einwendungen dagegen vorzubehalten; allein mit Recht hat die vorige Instanz diesen Einwurf für unerheblich geachtet. Die 27. Decis. vom Jahre 1661 schrieb vor, es sollten die Gerichte, bei denen ein Verbot, dem Gläubiger (d. h. dem Schuldner des Arrestsuchenden) nichts auszuzahlen, gesucht werde, dasselbe dem Debitori communiciren und ihm auflegen, sich mit seinem Gläubiger darüber zu vernehmen, und, was er dawider einzuwenden habe, binnen drei Wochen zu berichten. Von einer directen unmittelbaren Notification an den Hauptschuldner war also hier nicht die Rede. Dagegen ordnete das Rescript vom 19. Februar 1721 an, daß das Verbot nicht allein dem Hauptschuldner, da derselbe zugegen oder ihm sonst die Insinuation füglich geschehen könne, sondern auch zugleich dessen Debitori communicirt und beiden Theilen, was sie dawider einzuwenden, binnen drei Wochen zu berichten auferlegt werden sollte. Hierdurch wurde nun allerdings dem Gerichte eine unmittelbare Notification an den Hauptschuldner zur Pflicht gemacht, jedoch auch nicht unbedingt, sondern nur für den Fall, „da derselbe zugegen oder ihm sonst die Insinuation füglich geschehen könne". Daß Beklagter damals, wo das Verbot angelegt wurde, zugegen gewesen sei, hat er selbst ebensowenig behauptet, als daß den Klägern sein damaliger Aufenthaltsort bekannt gewesen sei. Hiernach muß man allerdings annehmen, daß es an der Füglichkeit gefehlt habe, ihm die Notification zu insinuiren, und zwar um so mehr, da, wenn man auch mit Hinsicht auf das beigebrachte Privatzeugniß so viel als gewiß annehmen könnte und wollte, daß die im Jahre 1847 unter Beklagtens Namen in Bremen errichtete Buchhandlung noch dermalen daselbst bestehe, doch daraus noch nicht folgen würde, daß Beklagter zu der Zeit, wo das fragliche Verbot erlassen worden, noch Inhaber dieser Buchhandlung gewesen sei. Auch hat die zweite Instanz mit Recht darauf hingewiesen, daß Beklagter ja mit der Klage von dem Arrestschlage Kenntniß erlangt habe und daß schon hierdurch der Vorschrift des erwähnten Rescriptes Genüge geschehen sei, indem dieses keine bestimmte Zeit festsetze, innerhalb welcher die Benachrichtigung an den Hauptschuldner zu erfolgen habe. Jedenfalls war nunmehr wenigstens dem Beklagten hinreichende Veranlassung gegeben, mit seinen etwaigen Einwendungen gegen jene gerichtliche Verfügung hervorzutreten und es würden solche Einwendungen nach Lage der Sache auch jetzt noch zu berücksichtigen gewesen sein, wenn sie überhaupt von Erheblichkeit wären. Nach alle dem erscheint im gegenwärtigen Falle die Competenz des gewählten fori vollkommen begründet. ꝛc."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Breitkopf und Härtel gegen Schlodtmann, vom 25. August 1855.) δ.

16.

Wenn der eine Contrahent liquiderweise ohne freiwillige Mitwirkung dritter Personen seine ursprüngliche Vertragsverbindlichkeit nicht mehr zu erfüllen vermag, so kann nicht weiter auf Erfüllung des Vertrags, sondern nur auf Schadenersatz geklagt werden.

„Die Entscheidung der vorigen Instanz, wodurch die Klage in der angebrachten Maaße abgewiesen worden ist, geht von dem Grundsatze aus, daß die Säumniß des einen Contrahenten in der Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verpflichtungen, den Mitcontrahenten nicht ohne eine besondre, hierüber zum Voraus getroffene Bestimmung berechtige, den Vertrag für aufgehoben zu erachten und das seinerseits aus demselben bereits Geleistete zurückzufordern, so lange der säumige Theil die schuldige Leistung selbst noch zu gewähren im Stande sei; daß vielmehr unter dieser Voraussetzung zunächst auf Erfüllung des Vertrags geklagt und das Weitere eintretenden Falls der Execution des Erkenntnisses überlassen werden müsse.

Es mag nun dahin gestellt bleiben, ob hierbei dem Umstande, daß das fragliche Gut der Klägerin bereits übergeben und erst später durch nothwendige Subhastation derselben wieder entwährt worden ist, ein besonderer Einfluß beizulegen sein würde; denn es hat der Anwendung jenes Grundsatzes auf den gegenwärtigen Fall schon deshalb nicht beigetreten werden können, weil eben nach dem gerichtl. Zeugnisse Bl. — und der Erklärung beider Parteien Bl. — das von dem Beklagten an die Klägerin verkaufte Bauergut vom 30. Novbr. 1851 nothwendigerweise versteigert worden ist und der Beklagte selbst einräumt, daß er seitdem nicht wieder in den Civilbesitz dieses Gutes gelangt und jetzt außer Stande sei, der Klägerin das Civileigenthum an demselben zu verschaffen. In solchen Fällen aber, wo sich der säumige Contrahent liquidermaaßen nicht mehr in der Lage befindet, ohne die freiwillige Mitwirkung dritter Personen seiner ursprünglichen Vertragsverbindlichkeit vollständig nachzukommen, ist nach der Meinung des O.=A.=G. der Mitcontrahent weder berechtigt noch verpflichtet, auf Erfüllung dieses Vertrages durch Gewährung der zugesagten, nicht mehr in der Willkühr des Beklagten beruhenden Leistung zu klagen, sondern es tritt an die Stelle dieser Klage der Anspruch auf Ersatz des Schadens und nach Befinden des ganzen id, quod interest ein."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Vetterin gegen Härtel, vom 10. August 1855.) δ.

17.

Was hat der Verkäufer eines Immobile zu thun, um seiner Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags zu genügen?

„Durch die Uebergabe des verkauften Immobile sammt Inventar, Vollziehung und Einreichung einer Kaufsurkunde bei der zuständigen

Grund- und Hypothekenbehörde, durch das gerichtliche Anerkenntniß der letztern und den ausdrücklichen Antrag auf Verlautbarung dieser Besitzveränderung im Grund- und Hypothekenbuche hat der Verkäufer eines Grundstückes in der Regel alles gethan, was ihm zur Erfüllung des Kaufvertrags und insbesondre zum Behufe der Uebertragung des Civileigenthums auf den Käufer der rechtlichen Natur des Vertrags und den Bestimmungen des Hypothekengesetzes vom 6. Novbr. 1843 §§. 18. 143. gegenüber, zu thun obliegt; denn nunmehr sind beide Contrahenten berechtigt zu verlangen und zu erwarten, daß der Grund- und Hypothekenrichter den nachgesuchten Eintrag zufolge der Vorschrift in §. 134. des angezogenen Gesetzes ungesäumt bewirken werde, sofern nicht besondere, aus einer Beschränkung des Verkäufers in der Disposition über das verkaufte Grundstück hervorgehende Hindernisse oder andere gegründete Bedenken dem erbetenen Eintrage entgegenstehen. Das Dasein solcher, insbesondere auch in der Person des Verkäufers begründeten Hindernisse kann aber, als etwas Thatsächliches, nicht präsumirt werden, sondern hätte von der Klägerin angeführt werden müssen, um dem erkennenden Richter die Ueberzeugung zu verschaffen, daß zunächst die Schuld des verzögerten Eintrages überhaupt, oder doch dem Mitcontrahenten gegenüber, lediglich dem Beklagten beizumessen sei."

(Urthel des O.-A.-G. in derselben Rechtssache.) δ.

18.

Zur Lehre von den präparatorischen Verträgen, mit besonderer Beziehung auf den Societätsvertrag.*)

„Die Frage, ob ein pactum praeparatorium oder de contrahendo verbindlich sei, kann im Allgemeinen weder unbedingt bejaht, noch unbedingt verneint werden. Die allgemeine Regel des deutschen Rechts, daß alle Verträge verbindlich seien, reicht zu deren Beurtheilung nicht aus, sondern es ist dabei das innere Wesen der Verträge, nach ihren verschiedenen Gattungen, wie es zum Theil schon im römischen Rechte sich ausgeprägt findet und auf der Natur der Sache beruht, in das Auge zu fassen. Derselbe Gerichtshof, von welchem die vorliegende Entscheidung zweiter Instanz gesprochen worden ist, hat in einer andern Rechtssache (Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Bd. 8. Seite 139) mit Recht auf die Bedenken hingewiesen, welche einer zu weiten Ausdehnung obiger Regel entgegenstehen, und sich dabei auf die Autorität eines neueren Lehrers des deutschen Rechts (Eichhorn, Einleit. in d. deutsche Privatrecht §. 92.) bezogen.

Es kommt hauptsächlich darauf an, ob die Bestimmungen, welche der Hauptvertrag erfordert, in dem vorbereitenden Vertrage bereits so genau ausgedrückt sind, daß es näherer Festsetzungen weiter nicht bedarf, sondern eine hinzukommende einfache Handlung ausreicht, um

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1855 S. 441 flg.

die Verbindlichkeit aus dem Hauptcontracte zu erzeugen. Wenn z. B. jemand verspricht, eine gewisse Geldsumme gegen gewisse jährliche Zinsen und zu einer gewissen Zeit zurückzahlbar als Darlehn anzunehmen (pactum de mutuo accipiendo), so sind die Bedingungen des Darlehns hiermit bereits festgestellt. Allein erst nachdem diesem Versprechen Genüge geschehen, und das Darlehn wirklich ausgezahlt ist, entsteht die Hauptverbindlichkeit ex mutuo, welche nunmehr dem Schuldner obliegt, das Darlehn zurückzuzahlen. Ebenso ist es mit dem Leihecontracte (commodatum) ingleichen mit dem Tauschvertrage und allen unbenannten Contracten des römischen Rechts, welche, wie jene, zu der Gattung der Realcontracte gehören. Bei diesen hat die Frage die wenigste Schwierigkeit. Denn nachdem der Grundsatz des römischen Rechts, daß die unbenannten Contracte erst durch die Uebergabe einer Seits für den andern Theil verpflichtend werden, im deutschen Rechte in Wegfall gekommen ist, so daß die causa civiliter obligans schon in der bloßen Einwilligung liegt, so ist hinsichtlich ihrer das pactum de contrahendo, wie z. B. de permutando, gar nicht mehr für ein vorbereitendes pactum, sondern für den Hauptvertrag selbst zu achten, welcher durch die Uebergabe bloß in Erfüllung geht.

Curtius, Handb. Bd. 10. §. 1427. a. E.

Nach Vorstehendem ist es leicht begreiflich, warum die Rechtslehrer, welche die verbindliche Wirkung der präparatorischen Verträge vertheidigen, ihre Behauptung meistens auf Beispiele, welche von den vorerwähnten Rechtsgeschäften entlehnt sind, gründen.

cf. Leyser, Spec. 39. med. 6. 7.
Berger, decis. 143.

und

Ejusd. resolut leg. obstant. Lauterb. pag. 73. ed. 4.

In ähnlicher Weise verhält es sich mit dem Versprechen, einen gezogenen Wechsel zu acceptiren, von welchem Gottschalk an der Blt. — angezogenen Stelle (sel. discept. for. T. III. c. 27. p. 353.) handelt. Denn auch hier ist der Gegenstand des Vertrags durch den Inhalt des oder der Wechsel, welche acceptirt werden sollen, ausreichend bestimmt, und es bedarf nur noch bei Vorzeigung des Wechsels der darauf gebrachten schriftlichen Erklärung des Promissars, daß er ihn acceptire, um diesen daraus wechselpflichtig zu machen. Schwieriger ist schon die Frage, welche jedoch dermalen nicht zur Entscheidung vorliegt, zu beantworten, ob aus einem vorbereitenden Vertrage, wenn er auch alle näheren Bestimmungen enthält, auf Errichtung eines schriftlichen Contracts geklagt werden könne, wenn die Gesetze diese letztere zur Gültigkeit des Geschäfts ausdrücklich vorschreiben? Denn hier kommt es darauf an, ob nicht diese gesetzliche Vorschrift als ein Verbot zu betrachten sei, daß dergleichen Verabredungen, ehe sie durch den schriftlichen Contract bekräftigt sind, überhaupt eine rechtliche Wirkung nicht hervorbringen sollen.

Mühlenbruch, doct. Pandect. T. III. §. 600.

Am Mißlichsten ist die Anwendung obiger Regel des deutschen Rechts auf solche präparatorische Verträge, welche auf einen Consensualcontract sich beziehen, also z. B. auf das pactum de emendo et vendendo, de locando, de societate ineunda. Denn zu diesen ist ebenso, wie zu dem bloßen pactum, weiter keine causa civiliter obligans erforderlich, und es genügt die freie Einwilligung; dagegen erfordern sie zu ihrer Perfection gewisse nähere Bestimmungen, ohne welche der Contract auf keine Weise bindend ist. Entweder also, diese Bestimmungen sind in dem pactum schon genügend vorhanden, so nimmt dasselbe die Natur des Contractes selbst an, und die präparatorische Eigenschaft desselben ist nur noch an der Hinausschiebung des förmlichen Abschlusses oder der Erfüllung auf einen späteren Zeitpunct zu erkennen, oder es fehlt noch an diesen Bestimmungen, wie z. B. bei dem Kaufe an der Bestimmung des Kaufpreises, und dann kann das pactum keinen genügenden Erfolg haben; denn der verklagte Theil würde nur für verbunden erachtet werden können, mit dem Andern in nähere Unterhandlungen zu treten, und es würde in seinem Belieben stehen, diese zu vereiteln, indem er seine Forderungen so hoch stellte, daß der Andere sie nicht bewilligen könnte,

Cocceji, jus controvers. L. II. Tit. 14. qu. 11.
Curtius, Bd. III. §. 1241.
Glück, Comment. Th. 4. §. 292. S. 106. verb. „wenn die Puncte des künftig einzugehenden Contracts bestimmt genug sind."

Diesen Bedenken kann auch dadurch nicht begegnet werden, daß die zu leistenden Beträge, wie z. B. der Kaufpreis, nach Befinden durch Würderung Sachverständiger festgestellt werden können. Denn dieser Ausweg steht nur offen, wenn entweder beide Theile bei dem Contracte halten wollen, oder wenn er bereits durch Uebergabe der Sache erfüllt und ein Zurückgehen davon nicht mehr möglich ist.

Anlangend nun den Societätscontract insbesondere, so gehört zu demselben wesentlich die Bestimmung des Antheils, welcher einem jeden Gesellschafter an dem gemeinschaftlichen Geschäfte zukommen soll. Diese Bestimmung kann man nicht blos zu den Nebenverabredungen zählen, wie solches Kläger, indem er sich der Ausdrücke: „Details oder Specialitäten" bedient, andeuten zu wollen scheint. Nun sagt zwar Ulpian in l. 29. D. pro socio, daß im Zweifel gleiche Antheile angenommen werden sollen. Allein diese Stelle setzt eine bereits bestehende Gesellschaft voraus, wo eine Vertheilung der bereits vorgekommenen Gewinne und Verluste sich von selbst als nothwendig darstellt. Nicht aber kann, bevor eine Societät wirklich zu Stande gekommen ist, der eine Theil den andern auf Grund dieser Gesetzstelle nöthigen, einen Societätsvertrag auf gleiche Theile mit ihm einzugehen. Kläger hat auch hierauf sich gar nicht bezogen, und würde es nicht einmal thun können, da ihm hierin die Klagbeifuge sub B. Blt. — entgegensteht, in welcher er sich von dem

gemeinschaftlichen Unternehmen Vortheile zu bedingen suchte, welche von denjenigen, die er dem Beklagten überlassen wollte, sehr verschieden sind, so daß also nach seiner eignen Willensmeinung die beiderseitige Theilnehmerschaft sehr ungleich werden sollte."

(Ürthel des O.-A.-G. in Sachen Smyers-Williquet gegen Pfaff, vom 25. August 1855.) d.

19.

Der Anspruch auf Erfüllung eines Vertrages, dessen causa die Eingehung einer Ehe zwischen den Contrahenten gewesen, ist unstatthaft, wenn oder so lange die Ehe nicht geschlossen worden.*)

„Die Entscheidung der vorigen Instanz beruht auf folgenden Sätzen:

a., daß Beklagte die Erfüllung des libellirten Kaufes nur dann ablehnen könne, wenn ihre Verheirathung mit dem Kläger zur Bedingung dieses Vertrags gemacht worden sei;

b., daß es in diesem Falle nicht erforderlich gewesen, daß sich die Beklagte noch besonders ausbedungen habe, daß die Uebergabe und die Berichtigung des Besitztitels erst nach Vollziehung des Ehebündnisses erfolge, weil es in dem Wesen einer Suspensivbedingung liege, daß die Erfüllung des bedingten Vertrages erst nach Eintritt der Bedingung gefordert werden könne, und

c., daß im vorliegenden Falle das Anführen der Beklagten, sie habe nur unter jener Suspensivbedingung ihr Grundstück an den Kläger verkauft, eine Ausflucht enthalte, welche somit von ihr zu beweisen sei.

Mit den unter b. und c. enthaltenen Sätzen ist auch das Königliche Oberappellationsgericht vollkommen einverstanden und es haben die Parteien gegen die Richtigkeit derselben Erhebliches nicht vorzubringen vermocht. Wenn dagegen zu a., Bl. — bemerkt worden ist, daß die Veranlassung zu einem Vertrage, die Rücksicht, welche auf eine Thatsache bei Abschließung eines Vertrages genommen worden und der Zweck dieses Vertrages von einer Bedingung und namentlich einer Suspensivbedingung wesentlich verschieden seien, so ist zwar auch dieser Ansicht im Allgemeinen beizupflichten, nur ist mit dieser Bemerkung die Frage noch nicht entschieden, ob der Anspruch des Klägers auf Erfüllung des libellirten Kaufes nicht auch ohne den Beweis einer Suspensivbedingung als unbegründet erscheine, wie dieß von der Beklagten allerdings behauptet worden ist. Die Berücksichtigung gewisser Thatumstände und der Zweck, den Jemand mit dem Abschlusse eines Vertrages verfolgt, ist ohne Einfluß, wenn Beides nur als der innere Beweggrund in Betracht kommt, welcher den Willen zwar hervorgerufen, aber denselben, nachdem er einmal hervorgerufen war, nicht weiter berührt und beschränkt hat. Nach dem, was

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1855 S. 433 flg.

der Kläger selbst Bl. — über den Hergang der Sache angeführt hat, kann aber nicht zugegeben werden, daß die zwischen den Contrahenten beabsichtigte Ehe nur der innere Beweggrund für den Abschluß des libellirten Vertrages gewesen sei. Beklagte hat, nach der Geschichtserzählung Bl. —, den Kläger aufgefordert, sie zu heirathen; sie hat ihm bei der Besprechung dieses Ehebündnisses von ihren Vermögensverhältnissen, insbesondere von dem guten Zustande und der geringen hypothekarischen Belastung ihres Grundstücks in Kenntniß gesetzt und ihm dessen eigenthümliche Ueberlassung angeboten. Der Kläger dagegen hat, nachdem er zunächst über jene Angaben Erkundigung eingezogen, den Vorschlag der Beklagten angenommen und, wie er Bl. — selbst einräumt, nur um sich von der Aufrichtigkeit ihrer Gesinnungen zu überzeugen und sich für alle Zukunft ein Uebergewicht über die Beklagte zu sichern, verlangt, daß ihm dieselbe noch vor der Trauung ihre Wirthschaft übergebe und eigenthümlich überlasse. Damit ist nach Bl. — Beklagte einverstanden gewesen und nun auch der Bl. — erwähnte Kauf zum Abschlusse gekommen, vermöge dessen dem Beklagten unter andern 200 Thlr. — Ngr. — Pf. ohne geleistete Zahlung an der Kaufsumme abgeschrieben und der Verkäuferin ein Betrag von 400 Thlr. — Ngr. — Pf. ohne Zinsen vorbehalten wurde. Auf diese Weise ist aber von den Contrahenten selbst ihre zukünftige Verehelichung mit einander in eine so nahe Verbindung mit der Veräußerung des erwähnten Grundstückes an den Kläger gebracht worden, daß die Annahme gerechtfertigt erscheint, es würde die eine ohne die andere nicht beschlossen worden sein, und es habe somit zwischen den Parteien darüber ein vollkommenes Einverständniß obgewaltet, daß der streitige Kauf nur mit Beziehung auf das beabsichtigte Ehebündniß und nur deshalb und zu dem Zwecke abgeschlossen werden solle, damit letzteres erreicht und zu diesem Behufe dem Kläger, als künftigem Ehemanne, eine angemessene und unabhängigere Stellung gewährt werden möge. Hiernach ist zwar die Verehelichung des Klägers mit der Beklagten förmlich nicht als Suspensivbedingung für den Abschluß des Vertrages aufgestellt worden, aber sie ist die causa, die Voraussetzung, auf welcher der gesammte Vertrag thatsächlich beruht, und dieser Umstand ist allerdings deshalb von wesentlichem Einflusse, weil Verträge, die nur ob causam futuram, und darunter auch solche, die mit Beziehung auf eine künftige Ehe eingegangen werden, ihre rechtliche Wirksamkeit durch den späteren Wegfall dieser causa dergestalt verlieren, daß nicht allein die Erfüllung derselben verweigert, sondern selbst das bereits Gegebene mit der condictio ob causam dat. zurückgefordert werden kann,

l. 52. D. de cond. ind. 12. 6.

l. 6. D. de cond. causa dat. 12. 4.

nam causa quasi non secuta habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non secuto.

l. 9. pr. l. 10. D. ib.
l. 1. C. de cond. ob causam dat. 4. 6.

Dieser Grundsatz leidet nicht blos auf einseitige, sondern auch auf andere Verträge Anwendung, bei welchen eine Gegenleistung des Empfängers aus dem Vertrage selbst und abgesehen von der causa des letzteren zu gewähren ist; es kann jedoch im vorliegenden Falle unerörtert bleiben, ob nach gemeinrechtlichen Bestimmungen die Condiction und das Recht, die Erfüllung zu verweigern, überhaupt oder doch insbesondere bei Verträgen der zuletztgedachten Gattung unstatthaft sei, wenn der Eintritt der causa nicht durch die Verschuldung des Empfängers, sondern durch Schuld des Gebers, oder durch rein zufällige Umstände verhindert worden ist. Denn nach der Vorschrift des sächsischen Gesetzes vom 28. Januar 1835 sub C. §§. 52. 53. zieht ein Eheverlöbniß oder vorläufiges Versprechen sich zu ehelichen, unter was für Bedingungen oder Umständen es auch gegeben worden sein mag, keine Verbindlichkeit zur Vollziehung der Ehe nach sich, und selbst in Bezug auf vermögensrechtliche Verhältnisse hat der einseitige und willkührliche Rücktritt von demselben nur die Folge, daß der zurücktretende Theil dem andern zum Ersatze des wirklichen Schadens, nicht des entgangenen Gewinnes — und zur Leistung dessen, was etwa für den Fall des Rücktritts zum Voraus bedungen worden ist, verbunden wird. Diese gesetzlich ausgesprochene Unerzwingbarkeit der Erfüllung eines Eheversprechens bewirkt aber, wie das O.-A.-G. in einem sehr ähnlichen Falle,

vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. v. J. 1853 S. 423. und v. J. 1854 S. 135 flg.

bereits erkannt hat, — auch die Unerzwingbarkeit aller, mit der Ehe in Verbindung stehenden und wegen derselben abgeschlossenen Verträge; denn es wäre geradezu ein Widerspruch, wenn der freie Rücktritt von einem Eheversprechen gestattet und dennoch demjenigen, welcher von diesem Rücktrittsrechte Gebrauch gemacht hat, die Verpflichtung auferlegt werden sollte, Verträge zu erfüllen, welche von der Eingehung der Ehe abhängig gemacht worden sind und den Zweck und die Bedeutung, welche ihnen von den Contrahenten selbst gegeben worden, verlieren, sobald die Ehe nicht eingetreten ist. Auch ist in dem angezogenen Gesetze ausdrücklich gesagt, daß der einseitige und willkührliche Rücktritt keinen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinnes begründen solle, und als ein solcher ist jeder mit Beziehung auf die künftige Ehe abgeschlossene Vertrag zu betrachten, welcher den Betheiligten einen Vortheil zuführt. Am wenigsten läßt sich dies rücksichtlich des vorliegenden Kaufes bezweifeln, mit welchem eine theilweise Schenkung der Kaufsumme verbunden und dem Käufer auch noch andere Vortheile gewährt werden sollten, welche eben nur in der bevorstehenden Verehelichung desselben mit der Beklagten ihre Erklärung finden.

Diese Verehelichung ist zur Zeit nicht erfolgt; ob dieß, wie

Beklagte behauptet, daher gekommen, daß Kläger selbst die Vollziehung der Ehe für immer und auf das Entschiedenste abgelehnt hat, ist ohne Einfluß. Denn wenn man selbst annehmen wollte, daß bei dem gegenwärtig in Frage stehenden, wie bereits erwähnt, mit einer Schenkung verbundenen Kaufe die condictio ob causam dat. nicht eintreten und eben deshalb auch die Erfüllung des Vertrages nicht abgelehnt werden könne, wenn der Eintritt der causa durch eine Verschuldung der Beklagten verhindert oder verzögert worden, so bedarf es doch hier, wo die causa in der Schließung der Ehe besteht, keiner besonderen Auseinandersetzung, daß selbst eine entschiedene Weigerung der Beklagten, das Ehebündniß mit dem Kläger zu vollziehen, nicht als eine Verschuldung angesehen werden könnte, da der Rücktritt von dem Eheversprechen gesetzlich erlaubt und demselben keine andere Folge beigelegt worden ist, als die bereits obenerwähnte Verbindlichkeit zum Ersatze des positiven Schadens und der Leistung dessen, was für den Rücktritt bedungen worden. Indeß will man hierbei nur darauf noch hinweisen, daß in der Klage nicht einmal auf eine Weigerung der Beklagten, den Kläger zu ehelichen, sondern nur auf die Verweigerung der Uebergabe und eigenthümlichen Ueberlassung des fraglichen Grundstücks Bezug genommen worden ist. Daß die Verehelichung der Parteien noch erfolgen kann, mag gar nicht bestritten werden, wenn der eine oder der andere Theil nachgeben will; da sie es aber gegenwärtig noch nicht ist, und jedem Theile der willkührliche Rücktritt gesetzlich freisteht, so kann auch die bloße Möglichkeit des künftigen Eintritts der causa unter den hier vorliegenden Umständen den gegenwärtigen Anspruch des Klägers nicht rechtfertigen.

An dieser Beurtheilung der Sache ändert aber auch der Umstand nichts, daß über den Kauf eine Urkunde angefertigt und von beiden Theilen vollzogen worden ist, in welcher die Verehelichung derselben nicht ausdrücklich als Bedingung oder Voraussetzung des Vertrages erwähnt wird. Denn diese Niederschrift enthält keine Bestimmung, welche zu der Annahme führen könnte, daß die Contrahenten ihre ursprüngliche Absicht geändert hätten und den Veräußerungsvertrag nunmehr unabhängig von ihrer Verheirathung abzuschließen gemeint gewesen wären. Im Gegentheile geht daraus, daß sich der Kläger in diesem Kaufe als den künftigen Ehemann der Beklagten hat aufführen lassen, und auch aus seinem späteren, in der Klage beschriebenen Verfahren hervor, daß die zukünftige Ehe mit der Beklagten nach wie vor die Voraussetzung jenes Vertrages geblieben sei.

Die Verabredung, daß die eigenthümliche Ueberlassung des fraglichen Grundstückes an Klägern vor der Trauung habe erfolgen sollen, auf welche sich der Kläger vorzugsweise beziehen zu können glaubt, ist gerade am wenigsten geeignet, seinen dermaligen Anspruch zu begründen; denn hat die Beklagte dem Kläger zugesagt, daß sie ihm ihre Wirthschaft noch vor der Trauung überlassen wolle, ohne

eine nähere Zeitbestimmung hinzuzufügen, so ist damit nicht allein die Zeit, sondern nach Maasgabe des angezogenen Gesetzes auch die **Verbindlichkeit** zur Erfüllung rein ihrer Willkühr vorbehalten worden.

Wenn also, nach dem, was Kläger jetzt angeführt hat, der Anspruch auf Erfüllung des libellirten Kauf- und Schenkungsvertrags vor Eintritt des als causa zu betrachtenden Ehebündnisses als unbegründet sich darstellt, so ist auch auf die Appellation der Beklagten reformatorisch auf Abweisung der Klage in der angebrachten Maaße zu erkennen gewesen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Schumann gegen Wolfin, vom 30. August 1855.) *δ.*

20.

Der stattgefundene Weiterverkauf der erhandelten Waare steht der Klage auf Rescission des Kaufes wegen Fehlerhaftigkeit nicht unter allen Umständen entgegen.

„Wäre aber auch jenes Geschäft nicht als ein en gros Geschäft zu betrachten, so würde daraus immer noch kein Grund gegen die Statthaftigkeit vorliegender Klage entlehnt werden können. Denn da nach den Briefen Bl. — Kläger Waare von gewisser Beschaffenheit bestellt, Beklagter diese Bestellung angenommen und Bl. — versichert hatte, daß er derselben durch Lieferung ausgezeichnet schöner Waare nachgekommen sei, so war Kläger, zumal er nach Bl. — Beklagtem notificirt hatte, daß die bestellten Felle zum Transit bestimmt seien, dem Beklagten gegenüber zu der Voraussetzung berechtigt, daß der letztere der Bestellung entsprechende Waare geliefert habe, und wenn er in dieser Voraussetzung die ihm nach D. gesendeten Felle, ohne dieselben einer näheren Prüfung zu unterwerfen, in derselben Verpackung, in welcher sie bestellungsgemäß und zur Weiterbeförderung anlangten, versendete und den Kaufpreis an Beklagten erlegt hat, so liegt hierin schon nach allgemeinen Grundsätzen kein thatsächlicher Verzicht auf das Recht, wegen vertragswidriger oder fehlerhafter Beschaffenheit der Waaren die Wiederaufhebung des Kaufsgeschäfts zu beanspruchen. Ob unter andern Umständen schon die Weiterveräußerung der vertragswidrigen und fehlerhaften Waaren an und für sich allein den Anspruch auf Redhibition ausschließen würde, kann hier dahin gestellt bleiben, da die Waare zum Transit bestimmt gewesen, deren Fehlerhaftigkeit gleich bei ihrem Eintreffen an den Ort ihrer Weiterbestimmung entdeckt worden sein soll und dieselbe, wie Beklagter selbst nicht bestreitet, noch in Hamburg lagert."

(Urthel des O.-A.G. in Sachen Richter gegen Krauß, vom 18. August 1855.)

δ.

21.

Die Einwilligung der Ehefrau, daß ein ihr gehöriges Capital zum gemeinschaftlichen Lebensunterhalte verbraucht werde, enthält keine Verzichtleistung auf Repetition desselben nach aufgelöster Ehe.

„Beklagter kann sich offenbar nicht darauf beziehen, daß das (von der Klägerin als Erbin der Ehefrau des Beklagten antheilig zurückgeforderte) Capital während der Ehe und mit Zustimmung seiner Ehefrau zum gemeinschaftlichen Lebensunterhalte verbraucht worden sei. Denn der Ehemann ist bekanntlich verpflichtet, für den Unterhalt seines Hausstandes aus eignen Mitteln und mit Beihülfe der ihm gebührenden Nutzungen des eheweiblichen Vermögens Sorge zu tragen, und wenn er den hierbei vorkommenden Aufwand aus dem Substantialvermögen der Ehefrau bestritten hat, so liegt hierin eine Verwendung des letzteren in seinen eignen Nutzen, welche, namentlich wenn sie mit Zustimmung der Ehefrau geschieht, als Illation gilt und somit die Verbindlichkeit des Ehemannes zur künftigen Restitution gerade begründet, nicht aber aufhebt. Die Genehmigung der Ehefrau, falls dieselbe zu der Verwendung eines auf andere Weise bereits inferirten Vermögens gesucht und ertheilt worden ist, enthält keine Verzichtleistung auf das Recht, die Zurückerstattung des Verwendeten seiner Zeit zu verlangen, sie würde vielmehr nur dann in Frage kommen können, wenn die Ehefrau oder deren Erben neben der Restitution dessen, was der Ehemann thatsächlich in seinen Nutzen verbraucht hat, auch noch einen besondern Anspruch auf Schadenersatz erheben sollten, wovon jedoch vorliegenden Falls keine Rede ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Kraußin gegen Klitzsch, vom 25. August 1855.) δ.

22.

Ueber die Verbindlichkeit dessen, welcher bona fide eine von einem Dritten widerrechtlicherweise sich angeeignete Sache gekauft hat, gegenüber dem Eigenthümer.

„Wie von dem Kläger selbst in voriger Instanz Bl. — und neuerdings Bl. — deducirt worden, leitet er die Verbindlichkeit des Beklagten aus folgenden Sätzen ab:

> aus seinem, des Klägers, Besitz sei ihm durch die Arglist des Knechts des Beklagten eine Sache entrückt worden, Beklagter sei in den widerrechtlichen Besitz dieser Sache gelangt, müsse sie deshalb ihm, dem Kläger, in natura restituiren, oder ihm, da er sie geständlich verbraucht, den Werth derselben, welcher nach dem von dem Beklagten eingeräumten Kaufpreise zu berechnen, als Betrag des von ihm nach dieser Höhe zu vertretenden Schadens ersetzen.

Allein abgesehen davon, daß dafür etwas nicht angeführt zu befinden:

> daß Beklagter widerrechtlich in den Besitz dieser Sache gelangt sei, indem er nämlich von der Seiten seines Knechtes angeblich nur durch Täuschung des Klägers bewirkten Erlangung des Besitzes bei Verabfolgung der Sache an ihn, den Beklagten, oder bei Verwendung der Sache, Kenntniß erhalten habe,

so stehen auch der obigen Schlußfolgerung mehrere Umstände entgegen.

Vor Allem ist nämlich im Auge zu behalten, daß dermalen Kläger nicht gegen den Knecht, welcher durch ein arglistiges Verfahren in den Besitz der Sache gelangt sein soll, sondern gegen den Herrn dieses Knechtes, an welchen durch Letzteren jene Sache gelangt ist, den Anspruch auf Schadenersatz verfolgt.

Der Erstere, selbst wenn er der Käufer der Sache gewesen und vielleicht gegen den Verkäufer einen begründeten Anspruch auf Uebergabe dieser Sache gehabt hätte, würde, wenn er sie aus dem Besitze eines Dritten, in dessen Gewahrsam sie sich befunden, auf dolose Weise an sich gebracht, nach Befinden zur Restitution oder Leistung des Interesse angehalten werden können;

l. 18. pr. Dig. de dolo malo, IV. 3.

denn dann, wenn der Beklagte selbst den Betrug verübt und hierdurch einer Person außerhalb eines Vertrages einen Schaden zugefügt hat, würde die Klage lediglich auf den Betrug gegründet sein und es müßte der von dem Betrüger zu leistende Schadenersatz völlig gleich stehen dem dem Betrogenen zugefügten wirklichen Vermögensverluste.

Ein anderes Verhältniß stellt sich aber heraus, wenn, wie nach dem Klaganführen anzunehmen und vom Kläger Bl. — wiederholt erklärt worden, der Herr des Knechtes diesem weder die Ausführung der Täuschung geheißen, noch überhaupt an der von diesem verübten Arglist Antheil genommen hat, und in gutem Glauben durch seinen Knecht in den Besitz dieser Sache gelangt ist.

Die schon in den früheren Instanzen angezogene

l. 15. §. 2. Dig. de dolo malo (IV. 3.)

sagt über diesen Fall:

> item, si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio, in quantum ad eum pervenit.

Es besteht mithin bei diesem die Ersatzverbindlichkeit nicht nothwendig in dem Betrage des dem Betrogenen zugefügten positiven Schadens, sondern nur in dem Seiten des Constituenten gehabten Nutzen. Und da hier, wo von der Annahme ausgegangen ist, daß der Constituent nicht selbst an dem Betruge des Beauftragten Theil genommen habe, die Ersatzverbindlichkeit lediglich auf dem auch im Römischen Rechte z. B.

l. 206. Dig. de reg. jur. (50. 17.)
l. 14. Dig. de condict. indeb. (12. 6.)

anerkannten Grundsatze:

daß sich Niemand durch den Verlust eines Andern wider dessen Willen bereichern solle,

zumal an sich der unbetheiligte dritte Besitzer der von dem Betrüger an ihn veräußerten und später verwendeten Sache zu einer Schadloshaltung nicht verbunden ist, beruhen kann, so sind die auch über den diesfallsigen Umfang der Verbindlichkeit sich verbreitenden Worte:

quantum ad eum pervenit

überhaupt nur nach dem bei der versio in rem geltenden Sinne.

cfr. l. 10. §. 4. l. 12. Dig. de in rem verso (15. 3.)
l. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in aliena potest. (4. 26.)

aufzufassen und mit den Worten:

quo locupletior factus est,

als gleichbedeutend zu betrachten.

Es kommt daher darauf an, ob, wie die Allgemeine Vormundschaftsordnung Cap. XIII. §. 8. in einem analogen Falle zur Bedingung macht, das Vermögen des Mandanten dadurch „gemehrt und verbessert" worden sei.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so kann nicht behauptet werden, daß das Vermögen des Beklagten dadurch, daß der Knecht desselben die von ihm angeblich durch Arglist aus dem Besitze Klägers entzogenen 25 Säcke Roggen dem Beklagten verabfolgt, um diese Quantität Roggen oder dessen Werth vermehrt worden sei, weil, wie der Kläger selbst in der Klage sagt, Beklagter diesen Roggen von dem Adressaten B., der nach der Klagdarstellung seinerseits diesen Roggen von P. in Breslau erhandelt gehabt, gekauft und also auf den Besitz desselben ein Recht hatte.

Ist nun auch in der Klage behauptet, daß dieser Roggen nicht anders als gegen baare Bezahlung des Kaufpreises in den Besitz des Käufers übergehen sollen, so kann, wenn in Folge einer von dem Knechte des Beklagten, aber ganz ohne dessen Zuthun, gegen den Kläger verübten Täuschung dem Letzteren dieser Besitz vor einer erfolgten Bezahlung des Kaufpreises entzogen und von dem Knechte auf seinen Herrn übertragen worden, der von diesem gezogene Vortheil nur in der früheren Erlangung eines Besitzes, auf den er erst nach Erfüllung einer Bedingung Anspruch gehabt, bestehen. Es kann insbesondere, hinsichtlich dieser dritten Person, nicht ein Vermögenszuwachs nach Höhe des von ihm erworbenen Roggens oder dessen Werthes angenommen werden, weil diese Person noch den Kaufpreis an ihren Verkäufer zu bezahlen hat, und also, wenn sie diesen Preis auch an den Kläger, als an diejenige Person, welche durch die Täuschung eines Dritten aus dem Besitze gesetzt worden, bezahlen müßte, denselben ohne einen erkennbaren Verpflichtungsgrund zwei Mal zu bezahlen hätte.

Der Vortheil aber, der dem Beklagten durch frühere Erlangung

des Besitzes, als es ohne die angeblich von seinem Knechte verübte Arglist der Fall gewesen sein würde, zugegangen ist, ist in der Klage weder quantificirt, noch sonst speciell näher begründet.

Es läßt sich auch einer Zurückweisung der Klage nicht entgegenstellen, daß, nachdem angeblich Kläger den Kaufpreis für den fraglichen Roggen an den vom ersten Verkäufer P. in Breslau zum Incasso beauftragten Bankier B. bezahlt, bei Hinzutritt der Bezahlung des Kaufgeldes Seiten Beklagtens, sei es durch Gewährung des Baarbetrages oder sei es durch Compensation, dieses zwei Mal berichtigt und dadurch ein Dritter zum Nachtheile Klägers bereichert werde, da in der That dem Kläger unbenommen sein wird, gegen denjenigen, welcher sich hierbei zu seinem Nachtheile bereichert, vorzuschreiten, nach Befinden auch sich von dem Kaufmanne B., wenn dieser über die dem Wesen nach in seinem Namen vom Kläger an B. bewirkte Zahlung quittirt sein wird, jura cessa zu verschaffen, und dann mittelst der Contractsklage gegen den Beklagten seine Rechte geltend zu machen, wobei er freilich die dem Beklagten gegen die Person des Cedenten zustehenden Einwendungen gegen sich gelten lassen muß.

Wenn inzwischen Kläger gleichwohl bei dieser Rechtsverfolgung Nachtheile erduldet, so sind dies eben die Folgen davon, daß er sich hat täuschen lassen und anscheinend von der Person, welche die Täuschung gegen ihn ausgeführt, Schadloshaltung nicht zu erlangen hofft.

Es genügt übrigens, nur noch darauf hinzuweisen, daß auch die Bl. — in voriger Instanz ausgesprochenen Grundsätze nicht zu einer Aufrechterhaltung der erhobenen Klage führen können.

Der Grundsatz, daß der Mandant die Handlungen seines Mandatars zu vertreten habe, wenn er dieselben ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt habe, was im vorliegenden Falle durch den Verbrauch des Roggens geschehen sein soll, läßt sich gegenwärtig um deswillen nicht anwenden, weil bei jener Voraussetzung, daß der Beklagte von dem seinem Knechte beigemessenen arglistigen Gebahren zur Zeit der Ablieferung und Verwendung des Roggens Kenntniß gehabt habe, in der Klage jede Unterlage zu vermissen ist und daher aus der vom Beklagten unternommenen Verwendung des Roggens eben weiter nichts, als eine ihm vermöge des mit B. abgeschlossenen Kaufes zustehende Verwendung eines erkauften Gegenstandes gefolgert werden kann.

Das aus §. 76. der Gesindeordnung vom Jahre 1835 abgeleitete Beispiel ist schon deshalb für den vorliegenden Fall unanwendbar, weil bei jenem Beispiele entweder ein ausdrücklicher Auftrag der Herrschaft zur Erholung vorausgesetzt wird, oder der von der Herrschaft gezogene Gewinn in dem vollen Betrage desjenigen besteht, was das Gesinde bei den Kaufleuten auf den Namen der Herrschaft entnommen hat.

Endlich hat allerdings, wie Beklagter Bl. — mit Recht hervorgehoben, bei Prüfung der Schlüssigkeit der Klage es eines näheren Eingehens darauf, um wie viel der Beklagte durch die Handlung seines Knechtes reicher geworden? bedurft, da die ganze Klage nur auf Leistung desjenigen, was die mehrberegte l. 15. §. 2. Dig. de dolo malo mit „quantum ad dominum pervenit" bezeichnet, gerichtet sein kann und daher, wenn es an Unterlagen fehlt, um diesen Vermögenszuwachs feststellen und quantificiren zu können, der Begründung in einem wesentlichen Bestandtheile entbehrt.

Es ist daher der Instanz-Bescheid insoweit wieder herzustellen gewesen, als darin die erhobene Klage auch bei dem ersten Klagpunkte für unstatthaft erachtet und Kläger unbedingt in die Erstattung der Kosten erster Instanz verurtheilt worden ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Spießbach gegen Dobitz, vom 30. August 1855.) δ.

23.

Wenn auf Beweis einer aus mehreren Klaggründen bestehenden Klage im Allgemeinen erkannt worden ist, so ist dadurch nicht ausgesprochen, daß der Kläger den ganzen Inhalt seiner Klage beweisen müsse, sondern es reicht hin, wenn er so viel Thatsachen beweist, als zu Begründung seiner Klage erforderlich sind. — Erforderniß des Beweises der s. g. actus conservativi.

„Die Beklagten sind in ihrer Bl. — flg. vol. II. zu lesenden Deductionsschrift zunächst und vornehmlich auf die Behauptung zurückgekommen, daß der Beweis des Klägers deshalb verfehlt sei, weil sich derselbe nicht auf alle in der Klage angeführten und rechtskräftig zum Beweise ausgesetzten Thatsachen beziehe.

Dieser Ansicht ist aber auch in gegenwärtiger Instanz nicht beizupflichten gewesen. Nach dem in Sachsen geltenden Proceßrechte ist der Kläger befugt, alle diejenigen Thatsachen, auf welche er seinen Anspruch gründen zu können meint, in derselben Klagschrift gleichzeitig vorzubringen und seinen Beweis auf alle diese Thatsachen zu richten, wenn auch schon die eine oder die andere, oder eine jede einzelne derselben an und für sich ausreicht, um jenen Anspruch vollständig zu rechtfertigen. Von dieser Regel kann zwar in einzelnen Fällen aus besonderen Gründen und namentlich dann eine Ausnahme eintreten, wenn durch rechtskräftige Beweisinterlocute etwas anderes formell zwischen den streitenden Parteien festgestellt worden ist; aber ein Fall dieser Art liegt gegenwärtig nicht vor. Der Kläger hatte sich in seiner Klage auf eine unvordenkliche Observanz, auf rechtskräftige Entscheidungen aus den Jahren 1731 und 1743, auf spätere, ebenfalls rechtskräftige Erkenntnisse aus den Jahren 1796, 1797 und 1798, sowie endlich darauf bezogen, daß seit der Publication des

letzten, am 23. Juni 1798 (nicht des am 20. Juli 1743) ertheilten Erkenntnisses bis zum Jahre 1834 in allen betreffenden Fällen die Untersuchungskosten nach Maßgabe dieser rechtskräftigen Sentenzen von den pflichtigen Gemeinden bezahlt und nach der Bl. — angegebenen Modalität aufgebracht worden seien.

Weil die Beklagten diese Angaben des Klägers im Wesentlichen verneint hatten, so wurde in dem Bl. — ersichtlichen, allerdings rechtskräftig bestätigten Beweisinterlocute entschieden, daß Kläger den Grund der Klage und soviel ihm daran, insonderheit auch beim 23., 24., 25., 26., Gliede der Kriegsbefestigung verneint worden, zu beweisen schuldig sei.

Mit dieser, ganz allgemeinen, durch beigefügte Gründe weder erläuterten, noch beschränkten Entscheidung ist nur soviel ausgesprochen, daß dem Kläger der Beweis der geleugneten Thatsachen, insoweit sie zu Begründung des libellirten Anspruches erforderlich seien, obliege, aber keineswegs, daß dieser Anspruch nur dann als begründet erscheine und eine Verurtheilung der Beklagten zu erwarten sei, wenn Kläger alles dasjenige, was in der Klage zur Unterstützung seines Anspruches von ihm angeführt worden, cumulativ zu erweisen vermöge. Es läßt sich auch gar nicht annehmen, daß bei der Abfassung des erwähnten Beweisinterlocutes ein Ausspruch dieser Art, welcher nach Lage der Sache und nach den bestehenden Rechtsgrundsätzen nicht gerechtfertigt gewesen wäre, in der Meinung und Absicht der Urthelsverfasser gelegen habe. Insbesondere aber kann die ausdrückliche Erwähnung des 23. bis mit 26. Einlassungpunktes nicht zu der Annahme führen, daß dem Kläger der Beweis der behaupteten fortgesetzten Entrichtung der fraglichen Untersuchungskosten, sowie des ebendaselbst gedachten Repartitionsmodus unbedingt und dergestalt habe auferlegt werden sollen, daß ohne den Beweis dieser Thatumstände eine verurtheilende Endentscheidung schlechterdings nicht erfolgen könne. Wenn man nämlich neben dem Beweise einer Observanz oder rechtskräftigen Entscheidung auch noch den Beweis von Besitzhandlungen verlangte, so konnte dies, wie die vorige Instanz bereits bemerkt hat, nur darin seinen Grund haben, daß man bei der Länge des inmittelst verflossenen, über die gesetzliche Verjährungsfrist hinausreichenden Zeitraumes und der eigenen Angabe des Klägers, daß während dieser Zeit die Gelegenheit zur Ausübung des streitigen Rechtes sich dargeboten habe, den Nachweis von Conservativhandlungen für nothwendig erachtete; daß jedoch in Bezug auf diese der Kläger mehr, als den Rechten und Umständen nach erforderlich, habe beweisen sollen, dafür bietet weder die Wortfassung des Interlocutes, noch der damalige Stand der Sache ein irgend genügendes Anhalten dar ꝛc. ꝛc.

Anlangend aber den Fortbestand des durch jene rechtskräftigen Entscheidungen festgestellten Befugnisses, so genügt es, wenn Kläger auch nur einen Act der Ausübung desselben, wodurch der Lauf der erlöschenden Verjährung unterbrochen worden, nachzuweisen ver-

mochte und es würde, wie Bl. — richtig bemerkt worden ist, nicht einmal dieser Beweis von dem Kläger zu erfordern gewesen sein, wenn er nicht in seiner Klage und in seiner Beweisschrift selbst eingeräumt hätte, daß seit der Eröffnung des am 23. Juni 1798 publicirten Erkenntnisses verschiedene Fälle vorgekommen seien, in denen die Gemeinden die erwachsenen Untersuchungskosten zu übertragen verbunden gewesen, und wenn nicht insoweit das Beweisinterlocut auch den Nachweis von Conservativacten erfordert hätte."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Magnus Graf von Wildenfels gegen Gemeinde Reinsdorf, vom Monat October 1855.)

L.

24.

Bei der provocatio ex lege diffamari gehört die Bescheinigung zu Begründung der Klage.

„Dem Randzeugnisse fol. — kommt, wie mit Recht bemerkt wurde, keine andere und stärkere Glaubwürdigkeit als die eines Privatzeugnisses zu. (Man vergleiche deshalb Dec. 3. vom Jahre 1661, Philippi obs. II. ad dec. elect. Saxon. III., Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Bd. I. S. 219.) Durch die, und zwar erst in dritter Instanz nachgebrachte Versicherung des Gerichtes konnte nicht nachgeholfen werden, da eine Provocationsklage ex lege diffamari besage der Alten Proceßordnung Tit. I. §. 4. und besage der Erläuterten Proceßordnung ad Tit. V. §. 5. nur dann für statthaft zu erachten ist, wenn ihr die Bescheinigung der Berühmung beiliegt. Auch erscheint es gleichgültig, ob Provocat, welcher übrigens die Statthaftigkeit der Provocationsklage aus mehrfachen Gründen und ganz im Allgemeinen bestritten hat, hierbei auf die Beweisunfähigkeit des Randzeugnisses noch besonders hingewiesen hat oder nicht. Denn die rechtliche Begründung und Schlüssigkeit einer Klage muß, selbst wenn Ausstellungen dagegen nicht erhoben werden, zu Folge der Vorschrift in der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. V. §. 3., von richterlichen Amts wegen geprüft werden. Der §. 1. desselben Titels aber, auf welchen Provocantin sich berufen zu können glaubt, läßt keineswegs an den Erfordernissen einer gehörigen Klagbegründung etwas nach, sondern verbietet nur, die Klage wegen etwas Außerordentlichen, z. B. wegen der Nichtanziehung der sogenannten clausula salutaris, zu verwerfen und läßt übrigens nach, wenn aus Versehen ein unrichtiger Antrag gestellt worden ist, demselben den richtigen zu substituiren.

Ein Zugeständniß, daß die Diffamation gehörig bescheinigt worden sei, ist vom Provocaten weder Bl. — noch Bl. — geschehen. Zwar bezieht sich derselbe auf das Randzeugniß, doch nur, um daraus Gründe für die von ihm behauptete Unstatthaftigkeit der Klage abzuleiten und ohne dabei demselben ausdrücklich oder auch nur folgerungsweise Beweiskraft zuzugestehen.

Richtig ist es allerdings, daß der Gerichtsinhaber in gewissen

Beziehungen seinen Gerichtsverwalter zu vertreten hat. Deshalb jedoch ist er noch nicht gehalten, einer von demselben ausgefertigten Schrift gegen sich unbedingt die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde zuzugestehen. Auch das auf diese Annahme gegründete Argument erscheint also zur Aufrechthaltung der Klage nicht geeignet."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Schramm gegen v. Hartitzsch, vom Monat October 1855.) L.

25.

Die actio de recepto ist ausgeschlossen, wenn der Fremde den in dem ihm angewiesenen Zimmer aufgehängten Anschlag, durch welchen der Gastwirth gegen seine unbedingte Haftung für die Sachen und Gelder der Fremden sich verwahrt, gelesen hat.*)

„In Hinsicht des dem Beklagten nachgelassenen Beweisthema war der Ansicht erster Instanz, nach welcher es hinreicht, wenn Kläger nur vor der Entwendung der libellirten Geldsumme den Bl. — bemerkten Anschlag gelesen hat, beizupflichten. Nicht aber kann die fol. — flg. entwickelte Meinung, daß solches schon vor der Einbringung der Sachen in den Gasthof geschehen sein müsse, wenn der Anschlag eine Wirkung haben solle, getheilt werden. Denn wollte man Letzteres annehmen, so würde hinsichtlich aller der Sachen, welche zugleich mit der Person des Fremden in den Gasthof aufgenommen werden, — und dies ist doch der häufigere Fall, — ein solcher Anschlag schon an sich selbst erfolglos werden, es wäre denn, daß dieser dem einkehrenden Fremden schon vor seinem Eintritte in das Haus vorgezeigt und bekannt gemacht würde, was, wie Bl. — richtig bemerkt ist, den bestehenden Verhältnissen, wie sie wirklich sind, ganz entgegen wäre. Die Verbindlichkeit der Gastwirthe, für die eingebrachten Sachen zu haften, beruht auf keinem ausdrücklichen Vertrage, sondern nur auf einer stillschweigenden Uebereinkunft, welche die Gesetze daraus folgern, daß der Gast seine Sachen in den Gasthof bringt, der Wirth aber dies geschehen läßt. Es ist kein ausreichender Grund vorhanden, warum das obligatorische Verhältniß, welches auf diese Weise entstanden ist, nicht auch durch eine andere stillschweigende Uebeinkunft wieder modificirt werden könne. Dies ist der Fall, wenn der Wirth schriftlich oder mündlich erklärt, für Gelder, die ihm nicht selbst zur sicheren Aufbewahrung übergeben werden, nicht haften zu können, und der Gast, davon in Kenntniß gesetzt, hierzu stillschweigt. Durch dieses Stillschweigen unterwirft sich Letzterer der Einrichtung des Hauses, die ihm auf diese Weise angekündigt wird. Im Falle des Nichteinverständnisses steht es ihm frei, entweder in ein anderes Gasthaus zu ziehen, wo deren mehrere sind, oder sein Geld einstweilen anderswo in Verwahrung zu geben, oder der Erklärung des Wirthes

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856 S. 17 flg.

zu widersprechen, was dann für diesen wenigstens die Folge hat, daß er seine Maaßregeln darnach nehmen und auf das von dem Fremden bewohnte Zimmer eine verdoppelte Wachsamkeit richten kann. Und zu diesem allem ist noch Zeit, so lange die Sachen, um deren Verwahrung es sich handelt, noch vorhanden sind, und eine Entwendung derselben noch nicht vorgefallen ist. Der Satz daß eine Protestation nur re integra etwas bewirken könne, findet hiergegen keine Anwendung. Oben ist gesagt, daß durch ein stillschweigendes Einvernehmen dieser Art das ursprüngliche obligatorische Verhältniß nur modificirt werde. Und hierin unterscheidet sich der Bl. — zu lesende Anschlag von der in l. 7. pr. D. nautae, caupones etc. erwähnten Voraussage des Gastwirths oder Schiffers: ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestiturum. Denn durch diese lehnte der Wirth jede Verantwortlichkeit gänzlich von sich ab, jener Anschlag aber thut es nur bedingungsweise und zeigt dem Gaste den Weg, wie er das Seinige am Besten sichern kann, wenn er nur dem Wirthe vertrauen will. Und in dieser Hinsicht ist zu bemerken, daß die Ansicht der römischen Juristen, nach welcher die Gastwirthe als eine unredliche, übelberüchtigte Menschenklasse behandelt wurden, bekannter Maaßen auf unsere Zeiten nicht mehr paßt, und daß einer Seits die bessere Einrichtung der gegenwärtigen Hotels den Reisenden mehr die Möglichkeit giebt, ihre Sachen und Gelder unter eignem Verschlusse zu behalten, andrer Seits aber den Hotelwirthen es um so schwerer fallen mag, ihre in zerstreuten und zum Theil entlegenen Zimmern wohnenden Fremden gegen die Nachstellungen gewandter Diebe, welche oft selbst unter dem Scheine anständiger Reisenden die Gelegenheit zu Entwendung werthvoller Gegenstände aufsuchen, ohne die obenerwähnte Vorkehrung, dergleichen Gegenstände unter ihre specielle Obhut zu nehmen, gehörig sicher zu stellen.

Dahingegen ist im Uebrigen der Entscheidung voriger Instanz lediglich beizutreten gewesen, und zu den Gründen derselben nur noch Folgendes zu bemerken:

daß es für den rechtlichen Erfolg derselben keinen Unterschied mache, ob der Gast die Sachen und Gelder sofort bei seiner Ankunft, oder erst bei seinem längeren Aufenthalte in den Gasthof mitgebracht oder daselbst in Empfang genommen habe, folgt zwar nicht direct aus den angezogenen Gesetzstellen l. 1. §. 6. und l. 4. §. 2. D. cit. tit. Denn, abgesehen davon, daß diese Stellen nur von Schiffern sprechen, so erhellt auch aus dem Zusammenhange, daß sie nicht sowohl von den verschiedenen Zeiten, zu welchen Sachen in das Schiff gebracht werden, als von den verschiedenen Arten der Gegenstände handeln, indem sie bemerken, daß der Schiffer in gleicher Weise für die Kleidungsstücke des Reisenden, und die Gegenstände, die er sonst zu seinem persönlichen Gebrauche bei sich führt, als für die Waaren und Kaufmannsgüter hafte, mit welchen das Schiff befrachtet wird.

Allein es folgt obiger Satz theils daraus, daß die Gesetze überhaupt keinen Unterschied dieser Art statuiren, theils aus der Natur der Sache, da es an einem vernünftigen Grunde fehlt, wegen der später eingebrachten Sachen ein anderes Rechtsverhältniß anzunehmen, wie z. B. wenn der Fremde während seines Aufenthalts im Gasthause Sachen einkauft, oder Gelder einkassirt, oder der Schiffspassagier an verschiedenen Landungsplätzen Gegenstände an Bord nimmt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen S. gegen M., vom Monat October 1855.) L.

26.

Licitationsgelder von Grundstücken, welche vor Ausbruch des Concurses zu dem Vermögen des Besitzers auf Antrag eines Gläubigers nothwendig subhastirt worden, sind zu dem später entstandenen Schuldenwesen nicht zu ziehen, sondern in Gemäßheit §. 109. des Hypothekengesetzes unter die Real- und Hypothekengläubiger zu vertheilen.

„Wenn die jetzige Klägerin mit der Behauptung und dem Verlangen aufgetreten ist, daß die Erstehungsgelder für das Erbrichtergut zu Linz von der Concursmasse zu trennen und unter die Real- und Hypothekengläubiger dieses Gutes besonders zu vertheilen seien, weil, wie sich nach obigem Sachstande allerdings gar nicht bezweifeln läßt, die Versteigerung des gedachten, nach Maaßgabe des Folienextractes und der Urkunden sub A. B. auch ihr verpfändeten Grundstücks noch vor Ausbruch des Concurses auf Antrag eines einzelnen Pfandgläubigers geschehen sei, so ist dieser Antrag, an sich betrachtet, nach der von dem Oberappellationsgerichte wiederholt ausgesprochenen Ansicht begründet. Es wird genügen, hier im Allgemeinen auf die in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 1. S. 516. und im Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle v. J. 1849. S. 366. 451. und v. J. 1853. S. 105. ff. abgedruckten Erkenntnisse, sowie nicht minder auf die

Abhandlung in der angezogenen Zeitschrift Bd. 12. S. 285 fg. und Bd. 13. S. 489 fg.

Bezug zu nehmen und nur Folgendes noch besonders hervorzuheben:

Dem Pfandgläubiger steht, und zwar nach den Grundsätzen des neueren römischen Rechts, schon als unmittelbare Folge des Pfandvertrages selbst, das Befugniß zu, die verpfändete Sache zum Behufe seiner Befriedigung zu veräußern. Sind auch die Schriftsteller darüber verschiedener Ansicht, ob der Pfandgläubiger bei dieser Veräußerung im eignen Namen, oder nur als Procurator des Pfandschuldners handle, so ist doch nach der richtigen, von

Schneider, l. c. S. 396 fg.

ausführlich entwickelten und gemeinrechtlich besonders durch

l. 42. D. de pignor. act. XIII. 7.
begründeten Meinung anzunehmen, daß der Pfandgläubiger bei der Veräußerung des Pfandes, wo sie von ihm selbst erfolgt, im eignen Namen handle, wenn er auch dabei dem Pfandschuldner für Anwendung der nämlichen Sorgfalt verantwortlich ist, welche unter andern Umständen ein Mandatar zu beobachten haben würde. Hieraus folgt aber, daß die von dem Käufer bezahlten, oder die demselben etwa gestundeten Kaufgelder nicht zu dem Vermögen des Pfandschuldners, sondern zu dem Vermögen des Pfandgläubigers gehören und daß letzterer nur die persönliche Verpflichtung hat, den etwa verbleibenden Ueberschuß (hyperocham) an den Pfandschuldner herauszugeben, sowie eintretenden Falles dem letztern für den Nachtheil zu haften, welcher ihm durch eine, bei dem Verkaufe begangene Vernachlässigung zugezogen worden ist.

Nun hatte zwar schon nach römischem Rechte die Veräußerung eines gerichtlichen Pfandes durch den Richter zu geschehen, und das sächsische Recht hat dieß insofern noch weiter ausgedehnt, als auch bei freiwillig bestellten Hypotheken die Veräußerung des verpfändeten Grundstücks nicht durch den Pfandgläubiger, sondern auf Antrag des letzteren durch den Richter vorzunehmen ist. Allein durch diese Dazwischenkunft der richterlichen Autorität wird in Bezug auf die vorliegende Streitfrage etwas Wesentliches durchaus nicht geändert. Denn der Richter nimmt die Veräußerung eines Pfandes, insbesondere die nothwendige Versteigerung eines Grundstücks zum Behufe der Befriedigung der Pfandgläubiger außerhalb des Concurses, nicht im Namen und Auftrage des Pfandschuldners, welcher sich dieselbe auch gegen seinen Willen gefallen lassen muß, sondern kraft des ihm anvertrauten Amtes, auf Antrag und im Interesse des Pfandgläubigers vor, die bei der Veräußerung erlangten Kaufgelder hat er nicht für den Pfandschuldner, sondern zur Befriedigung des Pfandgläubigers zu vereinnahmen und zu verwenden; es gehören also auch diese Kaufgelder nicht zu dem Vermögen des Schuldners, sondern sie gebühren den Pfandgläubigern, und der Pfandschuldner hat nach der Veräußerung des Pfandes nur noch einen Anspruch auf den, nach Befriedigung des Pfandgläubigers verbleibenden Ueberschuß. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß, wenn die nothwendige Versteigerung eines verpfändeten Grundstückes auf Antrag eines oder mehrerer Pfandgläubiger geschehen und erst nachher Concurs zum Vermögen des Schuldners eröffnet worden ist, die bereits erlegten oder noch außenstehenden Erstehungsgelder nicht zur Concursmasse gezogen werden können, weil nicht diese Erstehungsgelder, sondern nur der persönliche Anspruch auf den, nach Befriedigung der Pfandgläubiger verbleibenden Ueberschuß zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Zur Concursmasse ist aber nur das zu rechnen, was der Gemeinschuldner bei der Concurseröffnung wirklich besitzt.

Es läßt sich auch nicht behaupten, daß nur derjenige Gläubiger,

welcher die Pfandversteigerung beantragt hat, die Trennung des Erlöses von der Masse des später eröffneten Concurses beanspruchen könne, vielmehr steht dieses Befugniß da, wo außer dem Antragsteller noch mehrere Pfandgläubiger vorhanden sind, allen diesen Pfandgläubigern gleichmäßig zu. Denn die Versteigerung des Pfandes durch den zuständigen Richter erfolgt, auch wenn mehrere Pfandgläubiger vorhanden sind, von denen nur einer die Pfandveräußerung verlangt, nicht im Auftrage und im Namen des Pfandschuldners, sondern anstatt und im Interesse des auf Distraction bestehenden Gläubigers, und hierin liegt eben, wie schon erwähnt wurde, der Grund, weshalb der Pfanderlös nicht zu dem Vermögen des letzteren, und folgerecht auch nicht zu der Masse des erst später ausgebrochenen Concurses gehört. Der einzige, durch die Mehrheit der vorhandenen Pfandrechte bedingte Unterschied besteht hier darin, daß der Richter verpflichtet ist, den zur Befriedigung der Pfandgläubiger bestimmten Erlös den gesetzlichen Vorschriften über die Priorität gemäß unter die verschiedenen Gläubiger zu vertheilen, so daß der Pfandschuldner und beziehungsweise dessen Concurs nur den Ueberschuß, welcher nach Abzug aller Pfandschulden verbleibt, zu fordern berechtigt ist. Diese Verpflichtung des Richters, die Erstehungsgelder für das nothwendigerweise versteigerte Grundstück zur Befriedigung der Realgläubiger einzuziehen und zu verwenden, ist auch in den neueren sächsischen Gesetzen, §. 41. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 und hauptsächlich und mit specieller Vorzeichnung des hierbei zu beobachtenden Verfahrens, in §. 109 flg. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 verbunden mit §. 29. der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844 ganz bestimmt ausgesprochen worden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Krügerin gegen Hahnin, vom Monat October 1855.) L.

27.

Die Vorschrift des §. 5. des Anhanges zur Erl. Proc.-Ordn. ist auf den Executivproceß nicht zu beschränken.

„Beklagter vermeint zwar, daß, wenn er auch das mehrerwähnte Document ausgestellt habe, hierin doch ein besonderer Verpflichtungsgrund um deswillen nicht zu erblicken sei, weil dasselbe nicht die Thatsachen angebe, durch welche er dem Kläger verbindlich geworden sein solle. Allein der von ihm hierbei angezogene §. 5. des Anhanges zur Erl. P.-O., welcher ausspricht, daß zu einem documento guarentigiato die Angabe der causa debendi specialis nicht erforderlich sei, enthält keine Ausnahme für den Executivproceß. Dieß geht klar daraus hervor, daß als Grund zu der Bestimmung angegeben wird, weil „heutigen Tages auch jedes bloßes factum obligatorium ist." Die an und für sich selbst verständliche Gültigkeit dieses obersten Grundsatzes des vaterländischen Obligationenrechtes aber für den

Executivproceß ausdrücklich anzuerkennen, hatte man einen besonderen Anlaß insofern, als, wie Griebner im Discurs zu jenem §. 5. gedenkt, bis zum Erscheinen der Erl.P.=O. allgemein angenommen wurde, daß executivisch nur dann geklagt werden könne, wenn die dazu benutzte Urkunde den Entstehungsgrund der Verbindlichkeit angebe. Diese Ansicht wollte der §. 5. misbilligen. Keineswegs dagegen läßt sich dem Geiste der Proceßordnung nach voraussetzen, daß die Absicht dahin gegangen sei, auszusprechen, daß zur materiellen Begründung eines Anspruchs alsdann, wenn er im Executivproeesse geltend gemacht werde, weniger erforderlich sei, als wenn er im ordentlichen Proeesse verfolgt werde. Nun gehört allerdings die Frage, ob der §. 5. des Anhanges zur Erl.P.=O. eine Ausnahmebestimmung für den Executivproeeß enthalte, zu den vielfach bestrittenen. Das Oberappellationsgericht hat sich jedoch aus den vorstehend angedeuteten Gründen für die Verneinung derselben zu entscheiden gehabt und vorkommenden Falles dem gemäß erkanut,

von Langenn und Kori, Erörterungen practischer Rechtsfragen Th. III. S. 184."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Weber gegen Münz, vom Monat October 1855.) L.

28.

Der Grundsatz, daß die zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgte Ausstellung eines Wechsels eine Novation enthalte, gilt auch von domicilirten Wechseln.

„Nach der von dem Oberappellationsgerichte angenommenen und constant befolgten Meinung

vergl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1848. S. 336. und Jahrg. 1853. S. 470.

Zeitschrift für Rechtspflege &c. N. F. Bd. XII. S. 475. und Bd. XIII. S. 336.

entsteht durch die zur Erfüllung eines audern Vertrags bewirkte Wechselbegebung an sich eine privative Novation, so daß, die Wechsel im Geschäftsverkehre als Zahlungsmittel betrachtet werden, die ursprüngliche Verbindlichkeit des Schuldners als erfüllt anzusehen ist und der Gläubiger nicht wieder auf das frühere Vertragsverhältniß zurückkommen, sondern lediglich den Anspruch aus dem Wechsel verfolgen kann, dafern nicht etwa die Parteien ausdrücklich dahin sich vereinigt haben, daß die frühere Verbindlichkeit nebenbei noch fortdauere, beziehentlich daß die Wechsel nur bedingungsweise oder eventuell als Zahlung gelten sollen. Auch versteht es sich von selbst, daß die im 33. Artikel der allgemeinen deutschen Wechselordnung nachgelassene Klage wegen Bereicherung des Wechselausstellers mit dem Schaden des Inhabers nicht ausgeschlossen ist.

Im gegenwärtigen Falle nun hat der Kläger selbst angeführt, daß E. und M. ihm wegen seiner klagbar gemachten Forderung außer der bereits in der Klage erwähnten, wirklich gedeckten Rimesse, auch noch zwei andere, nämlich die Bl. — und Bl. — zu den Acten gebrachten Wechsel ausgestellt und zugesendet haben, nicht aber hat er sich darauf zu beziehen vermocht, daß zufolge besonderer Uebereinkunft die Verbindlichkeit aus dem ursprünglichen Vertrage nebenbei habe fortdauern und die Wechsel nur eventuell oder bedingt als Zahlung haben gelten sollen; jenes Zugeständniß des Klägers ist von dem Beklagten bestens acceptirt worden. Diese beiden ult. Juni 1852, also vor Anstellung der Klage zahlbar gewesenen Wechsel stellen sich als eigne domicilirte Wechsel dar. Nun hat Kläger nicht behaupten können, daß er dieselben dem Domiciliaten zur Zahlung präsentirt und daselbst habe protestiren lassen. Artikel 99. der angezogenen Wechselordnung schreibt aber ausdrücklich vor, daß, wenn die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiciliaten verabsäumt sei, der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller und die Indossanten verloren gehe, und nach Art. 83., welcher zufolge Art. 98. auch auf eigne Wechsel Anwendung leidet, bleibt in einem solchen Falle der Aussteller dem Inhaber nur noch so weit verpflichtet, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde. Zur Begründung einer solchen Klage genügt aber wieder nicht die bloße Beziehung auf das ursprüngliche Vertragsverhältniß, sondern es müssen noch außerdem specielle Umstände angeführt werden, aus denen sich entnehmen läßt, daß wirklich in Folge von Verabsäumungen oder sonst eine Bereicherung des Beklagten mit Klägers Schaden Statt finden würde.

vergl. Wochenbl. für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1853 S. 469 und 470.

Unter diesen Umständen hat man in der angegebenen Richtung lediglich der ersten Instanz beizupflichten und die Klage in tantum angebrachtermaaßen abzuweisen gehabt; denn die Art und Weise, wie Beklagter hinsichtlich der fraglichen beiden Wechsel sich ausgesprochen hat, gestattet nicht, von diesen Wechseln ganz abzusehen, indem zur Zeit für den Beklagten noch gar keine Verbindlichkeit existirt hat, über dieselben mit Bestimmtheit sich zu erklären, und eben so wenig mag dem Beklagten entgegengehalten werden, daß er nirgends behauptet habe, es sei durch Unterlassung der Präsentation zur Zahlung und der Protesterhebung ihm ein Nachtheil entstanden, der eine in compensationem zu bringende Schädenforderung begründe, indem einer Seits auch in dieser Beziehung für ihn die Nothwendigkeit einer Erklärung zur Zeit nicht vorgelegen hat, anderer Seits es vielmehr Sache des Klägers sein würde, zu behaupten und nachzuweisen, das Beklagter sich mit seinem Schaden bereichern würde."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Seyfferheld gegen Eberhardt, vom Monat October 1855.)

L.

29.

Der Besitzer eines Feldes kann von seinem Nachbar wenigstens in der Regel nicht gehindert werden, seinen Ackerfurchen eine Richtung zu geben, welche er will.

„Was der Kläger in seiner Appellationsdeduction vorgebracht, ist nicht geeignet gewesen, zu einer Herstellung des Gerichtsbescheides zu bestimmen. Denn

zu 1.,

daß der Kläger sich nicht über Anlegung von Wasserfurchen, sondern darüber beschweren wollte, daß den Ackerfurchen eine veränderte Richtung gegeben worden sei, geht schon aus dem Klagvorbringen mit hinreichender Bestimmtheit hervor, und erhellt überdies aus den Herauslassungen Bl. — Eben deshalb getraut sich Kläger auch jetzt nicht, geradezu fest und entschieden zu behaupten, daß die Furchen, von denen er für sein Grundstück Nachtheil befürchtet, Wasserfurchen seien, sondern sagt nur, daß sie nicht blos gewöhnliche Ackerfurchen, sondern Wasserfurchen um deswillen seien, weil das Wasser in ihnen herabfließe. Allein dadurch, daß die Ackerfurche, der Bodensenkung folgend, den natürlichen Lauf des Wassers fördert, wird sie nicht zur Wasserfurche.

l. 24. pr. §. 1. D. de aqua et aquae pluviae arcendae (39. 3.)

erklärt in dieser Beziehung:

> „Vicinus loci superioris pratum ita arabat, ut per sulcos, itemque porcas aqua ad inferiorem veniret. Quaesitum est, an per arbitrum aquae pluviae arcendae possit cogi, ut in alteram partem araret, ne sulci in ejus agrum spectarent. Respondit, non posse eum facere, quo minus agrum vicinus, quemadmodum vellet, araret, sed si quis sulcos transversos aquarios faceret, per quos in ejus agrum aqua deflueret, hosce ut aperiret, per arbitrum aquae pluviae arcendae posse cogere."

Uebereinstimmend in der Hauptsache hiermit sagt l. 1. §. 5. eod.:

> Sed et si quis arare et serere possit etiam sine sulcis aquariis, teneri eum, si quid ex his, licet agri colendi caussa, videatur fecisse. Quod si aliter serere non possit, nisi sulcos aquarios fecerit, non teneri. Ofilius autem ait: sulcos agri colendi caussa directos ita, ut in unam pergant partem, jus esse facere.

Hiernach soll das Ziehen von Wasserfurchen zum Nachtheile des Nachbars nur dann erlaubt sein, wenn und so weit es nöthig ist, um den Acker pflügen und besäen zu können. Ackerfurchen aber sind nicht darum für Wasserfurchen anzusehen, weil in ihnen das Wasser

der Bodensenkung gemäß zum Nachbar abfließt. Dies folgt auch schon nothwendig aus dem in l. 1. §. 3. D. eod. ausgesprochenen Grundsatze, daß der Regel nach wegen solcher Arbeiten, welche zum Behufe des Landbaues mit dem Pfluge vorgenommen werden, von Niemand Beschwerde erhoben werden kann.

Inhalts der Klage besitzt der Beklagte ein Feld, welches höher liegt, als die Besitzung des Klägers. Er hat nun im Jahre 1835 die Furchenlage, welche damals die Richtung von Abend nach Morgen hatte, auf einem Theile seines Feldes dergestalt geändert, daß die Furchen nunmehr von Mitternacht nach Mittag in der Richtung nach Klägers Besitzthum hingezogen sind. Dies zu thun, war ihm nach den eben erwähnten Gesetzbestimmungen erlaubt und es hat Kläger um so weniger Anlaß, sich über diese Aenderung zu beschweren, als er selbst zugeben muß, daß das Regenwasser auch ohne die Furchen der natürlichen Bodenneigung zu Folge auf seine Grundstücke herabfließen müßte. Derselbe hat, wie es scheint, bei Erhebung der Klage diesen Einwand auch schon vorausgesehen und, um ihm möglichst zu begegnen, sich darauf bezogen, daß die Furchenlage auf des Beklagten Felde seit länger als 100 Jahren die Richtung von Abend nach Morgen gehabt habe. Er glaubt demnach sich auf die vetustas stützen zu können. Die Grundsätze derselben jedoch sind, wie sich bei einer näheren Betrachtung sofort herausstellt, auf ein Verhältniß der vorliegenden Art nicht anwendbar.

Die vetustas nämlich, welche in den Gesetzen nur bei Regulirung der nachbarlichen Verhältnisse in Bezug auf den Lauf des Regenwassers erwähnt wird, setzt ein opus voraus, cujus non exstat memoria. l. 1. §. 23. l. 2. §. 1. 3. 4. 5. 7. De aqua et aq. pluv. (39. 3.) l. 3. §. 4. D. de aq. quot. et aest. (43. 20.) l. 28. D. de probat. (22. 3.), das Werk muß also zu einer Zeit entstanden sein, von welcher Niemand Kenntniß hat. Die Folge der vetustas ist, daß, wer eine Interesse an der Erhaltung des alten Werkes hat, das Fortbestehen desselben verlangen kann. l. 1. §. 23. D. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3.) l. 2. pr. D. eod. Die vetustas vertritt hier vicem legis. Es wird angenommen, als ob durch ausdrückliche Bestimmung festgesetzt sei, daß das Werk zur Regulirung der nachbarlichen Wasserverhältnisse bleibend dienen soll.

Die Ackerfurchen sind keine solchen Vorrichtungen, deren Entstehen über Menschengedenken zurückfällt. Vielmehr werden sie häufig, bisweilen sogar in demselben Jahre mehrere Male erneuert. Sie charakterisiren sich auch nicht gleich Dämmen und Gräben, von welchen die über die vetustas sich aussprechenden Gesetzvorschriften hauptsächlich handeln, als Vorrichtungen zur Regulirung des Wasserlaufes, vielmehr sind sie nur Mittel zur Bodencultur. Von ihnen läßt sich daher nicht, wie von Dämmen und Gräben, sagen, daß sie eine gleichsam verkörperte lex agri bilden und zwar dieß um so

weniger, als die Gesetze den bestimmten Satz aufstellen, daß es lediglich von dem Belieben eines Grundstücksbesitzers abhängt, welche Richtung er der Furchenlage geben will, demnach, wenn er dieselbe auch über Menschengedenken in derselben Weise fortbestehen ließ, darin eben immer nur eine Aeußerung der ihm zustehenden Willkühr erblickt werden kann."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Enghardt gegen Berger, vom Monat October 1855.)

L.

II.

Leidet der Grundsatz, daß, wenn eine Sache an Mehrere besonders verkauft worden ist, der zweite Käufer, welcher die Sache tradirt erhalten, dem ersten Käufer vorgeht, noch gegenwärtig bei Immobilien Anwendung?

Vom Herrn Oberappellationsrath **Siebenhaar** in Dresden.

Wenn ein und dieselbe Sache an Mehrere verkauft worden ist, so kann dieß zunächst so geschehen sein, daß die mehreren Käufer gemeinschaftlich, d. h. so, daß ein Jeder von ihnen gegen Bezahlung des Kaufpreises pro rata die Sache nach einem entsprechenden verhältnißmäßigen Theile haben soll, gekauft haben. Dieses Verhältniß bietet Gelegenheit zu mehreren interessanten und in ihrer Beantwortung schwierigen Fragen, die hier nur im Vorbeigehen eine Erwähnung finden mögen. Gewöhnlich glaubt man, daß alle Zweifel, welche rücksichtlich der Füglichkeit der Geltendmachung des antheiligen Rechtes des einzelnen Käufers sich ergeben, in der l. 31 §. 8 D. de aedilit. edicto ihre Lösung finden. Diese Gesetzstelle, welche wörtlich also lautet:

> Idem Marcellus ait: non posse alterum ex dominis consequi actione ex emto, ut sibi pro parte venditor tradat, etsi pro portione pretium dabit, et hoc in emtoribus servare oportere ait; nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciat,

handelt von dem Falle, wo ein im gemeinschaftlichen Eigenthume Mehrerer befindlicher Sclave eine Sache gekauft hat, und spricht den auch sonst in ähnlichen Verhältnissen anerkannten (vergl. die

angegebene l. 31. §§. 5., 6., 9., 10. und l. 84. §. 13. D. de legat. I.) Grundsatz, daß einer von den mehreren Herrn des Sclaven die Klage auf Uebergabe des auf ihn antheilig kommenden Theiles der Sache gegen Bezahlung des antheiligen Kaufpreises nicht habe, mit der Bemerkung aus, daß dasselbe auch in dem Falle gelte, wo Mehrere dieselbe Sache gekauft haben, und giebt als Ration dafür an, daß der Verkäufer die verkaufte Sache so lange, bis er wegen des ganzen Kaufpreises befriedigt sei, pignoris loco zu retiniren das Recht habe. Hiernach reducirt sich die Disposition der angegebenen Gesetzstelle auf ein bloßes Verneinen der Zulässigkeit der Klage aus dem Kaufe auf Gewährung der erkauften Sache pro rata gegen Zahlung des Kaufpreises pro rata. Ob der einzelne Käufer diese Klage, sei es auf den verhältnißmäßigen Theil der Sache, sei es auf die ganze Sache habe, wenn er, um den in der l. 31 §. 8. angegebenen, aus dem Retentionsrechte des Verkäufers abgeleiteten Grund zu beseitigen, zu Erlegung des ganzen Kaufpreises sich versteht, wird darin weiter nicht erwähnt und man befindet sich schon hierbei auf einem unsicheren, unter den Füßen schwankenden Boden, indem man von den Gesetzen verlassen und auf die Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen verwiesen ist. Dürfte nun aber auch so viel mit einiger Bestimmtheit sich behaupten lassen, daß auch unter den gedachten Voraussetzungen eine Klage wider den Verkäufer nicht begründet sei, weil, wenn die Sache pro rata tradirt würde, der Verkäufer gegen seinen Willen und gegen die beim Verkaufe zu erkennen gegebene Absicht gezwungen würde, in eine Communion zu treten, und in so weit die Ausantwortung der ganzen Sache gefordert worden wäre, es an der Legitimation des klagenden einzelnen Käufers für seine Mitkäufer fehlte, der Verkäufer also den Ansprüchen der letzteren blos gestellt würde, so führt dennoch das Princip, daß der einzelne Käufer nicht selbstständig für sich klagen kann, sondern entweder des Beitrittes seiner Mitkäufer bedarf, oder sich wenigstens für diese zugleich zu legitimiren hat, zu dem auffälligen Resultate, daß derselbe bei Verfolgung seines Rechtes in eine absolute Abhängigkeit kommt, wenn die Mitkäufer der Klage wider den Verkäufer beizutreten verweigern. Von den Auswegen, welche die Gesetze in anderen Fällen, wo Mehrere genöthigt sind, gemeinschaftlich zu klagen, zu Erledigung der für die Rechte des Einzelnen bestehenden Ungleichheit angeben,

findet auf den hier gedachten Fall keine Anwendung. Zunächst gilt dieß von der l. 84. §. 13. D. de legat. I., welche also lautet:

> Si is, cui legatum fuerat, antequam constitueret, qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt; quare quamdiu alter vindicare vult, alter in personam agere non potest. Sed si consenserint, rem communiter habebunt; consentire autem vel sua sponte debent, vel judice imminente.

Denn ließen sich auch die allgemeinen und unbestimmten Worte, „judice imminente," wenn man sie mit der Institutionenstelle §. 23. I. de legatis,

> optionis legatum, i. e. ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem; et ideo, nisi ipse legatarius vivus optasset, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc in meliorem statum reformatum est, et data est licentia heredi optare, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est, sive plures legatarii exstiterint, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes sint, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione praecellat,

in Verbindung bringt, dahin erklären, daß bei einer Meinungsverschiedenheit der Erben des Legatars über die Wahl zwischen der rei vindicatio und der actio personalis ex testamento der Richter das Loos entscheiden lassen könne, so differirt doch der Fall der l. 84. §. 13. D. de legat. I. von dem hier zur Frage stehenden, wo die mehreren Käufer über die Geltendmachung ihrer Rechte aus dem gemeinschaftlich geschlossenen Kaufe verschiedener Ansicht sind, insofern wesentlich, als in dem ersteren die mehreren Interessenten über den Gebrauch des Rechtes mit einander einverstanden sind, und nur über die Art der Klage ver-

7*

schiedene Meinung haben, in dem letzteren aber auch über den Gebrauch ihres Rechtes in ihren Ansichten von einander abweichen. Eben so wenig geben die in den Gesetzen enthaltenen, den Conflict der Rechte der mehreren Erben eines Depositars betreffenden Anordnungen, namentlich in l. 1. §. 36. und 37. D. de deposit. vel contra,

> §. 36. Si pecunia in sacculo signato deposita sit, et unus ex heredibus ejus, qui deposuit, veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. Promenda pecunia est vel coram Praetore, vel intervenientibus honestis personis, et exsolvenda pro parte hereditaria, sed etsi resignetur, non contra legem depositi fiet, cum vel Praetore auctore, vel honestis personis intervenientibus hoc eveniet, residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit, sigillis videlicet prius ei impressis, vel a Praetore, vel ab his, quibus coram signacula remota sunt, vel, si hoc recusaverit, in aede deponendo. Sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere, satisdatione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra ejus partem est, satisdatione autem non interveniente, rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari. §. 37. Apud Julianum lib. XIII. Digestorum talis species relata est: ait enim, si depositor decesserit, et duo existant, qui inter se contendant, unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est, adversus alterum reum defendere, (hoc est, eum, qui depositum suscepit,) quod si neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait, non esse cogendum a Praetore judicium suscipere, oportere igitur rem deponi in aede aliqua, donec de hereditate judicetur, und in der l. 14. pr. D. eodem,
>
> Si plures heredes exstiterint ei, qui deposuerit, dicitur, si major pars adierit, restituendam rem praesentibus. Majorem autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intelligendam, cautela idonea reddenda.

irgend einen Anhalt zu Hebung des mißlichen Verhältnisses, in dem der einzelne Käufer sich befindet, wenn er wider den Verkäufer

Klage erheben will, sein Mitkäufer aber den Beitritt zur Klage verweigert. Und läßt sich nun auch denken, daß zwischen den mehreren Käufern ein solches Contractsverhältniß bestehen kann, vermöge dessen sie zur gemeinschaftlichen Verfolgung ihrer Ansprüche wider den Verkäufer gehalten sind, obschon auch in diesem Falle immer wieder der Zweifel sich ergiebt, ob eine solche Verbindlichkeit executionsfähig sei, so wird doch die Nothwendigkeit des gemeinschaftlichen Klagens der mehreren Käufer eine Unmöglichkeit des Gebrauchs seines Rechtes für den einzelnen Käufer, wenn entweder ein solches Contractsverhältniß zwischen ihm und seinen Mitkäufern nicht besteht, oder die letzteren sich ihres Befugnisses wider den Verkäufer, z. B. in Folge eines Vergleiches, begeben haben. Wenigstens gehört die Frage, wie dem einzelnen Käufer in diesen Fällen zu helfen sei, zu denjenigen Fragen, welche schwierig zu beantworten sind und eine nur irgend befriedigende Lösung noch nicht gefunden haben.

Betrachten wir auf der anderen Seite die rechtliche Stellung des Verkäufers, welcher an Mehrere verkauft hat, so eröffnet sich uns ebenfalls ein weites Gebiet streitiger Rechtsfragen. Die erste und vorzüglichste Frage ist, ob der Verkäufer in diesem Falle gegen den einzelnen Käufer auf Bezahlung des antheiligen Kaufpreises gegen Gewährung des verhältnißmäßigen Antheiles der Sache zu klagen berechtigt ist. Nach dem, was oben über das Verhältniß des Käufers gesagt worden ist, und nach dem Geiste der l. 62. §. 1. D. evictionibus,

> Si ei, qui mihi vendidit, plures heredes exstiterunt, una de evictione obligatio est, omnibusque denuntiari, et omnes defendere debent. Si de industria non venerit in judicium, unus tamen ex his litem sustineat, propter denunciationis vigorem et praedictam absentiam omnibus vincit, aut vincitur, recteque cum ceteris agam, quod evictionis nomine victi sunt.

möchte dieß zu verneinen sein. Wenn aber der Verkäufer genöthigt ist, wider alle Käufer gemeinschaftlich zu klagen, so ergeben sich wiederum Zweifel darüber, wie es zu halten sei, wenn entweder gegen einen von den mehreren Käufern der Abschluß des gemeinschaftlichen Kaufes nicht bewiesen wird, oder nach rechtskräftiger condemnatorischer Entscheidung gegen alle Käufer einer derselben dem Judicato nicht genügen kann.

Wir haben bereits oben bemerkt, daß wir die zweifelhaften Fragen, welche das Verhältniß des gemeinschaftlichen Verkaufes an mehrere Käufer betreffen, nur zu erwähnen beabsichtigen und gehen auf den zweiten Fall des Verkaufes an Mehrere, nämlich den über, wo dieselbe Sache an Mehrere besonders verkauft worden ist. In dieser Materie begegnet man einigen Grundsätzen, welche gleichsam traditionell geworden sind. Man unterscheidet nämlich

a) zwischen dem Falle, wo die verkaufte Sache noch keinem der mehreren Käufer übergeben worden ist, und
b) dem Falle, wo die Tradition der Sache bereits an einen der mehreren Käufer stattgefunden hat.

In dem Falle unter a. legt man bei Beantwortung der Frage, welcher von den Käufern ein Recht auf die Uebergabe der Sache habe, und welcher von ihnen mit einer bloßen Schädenklage wider den Verkäufer sich begnügen müsse, ein Gewicht auf die Priorität der Zeit, indem man demjenigen Käufer, welcher der Zeit nach zuerst gekauft hat, das Recht, die Uebergabe der Sache zu verlangen, vor demjenigen zuschreibt, welcher den Kauf über dieselbe Sache später geschlossen hat. Die Gründe für diese Ansicht sind verschieden. Einige wollen diese Meinung in der allgemeinen Regel, in pari causa qui prior est tempore, potior jure, begründet finden, Andere beziehen sich zu deren Rechtfertigung auf die Analogie der l. 26. D. locat. und des cap. ult. pr. in 6to de sponsalibus. An dem angegebenen Vorzugsrechte des ersten Käufers wird jedoch nicht gezweifelt. Haben dagegen die mehreren Käufer zu gleicher Zeit gekauft, so soll bei einem Streite zwischen ihnen über das Vorzugsrecht das Loos entscheiden.

In dem Falle unter b. soll derjenige Käufer, welcher die Sache bereits übergeben erhalten hat, ein stärkeres Recht haben, und der andere Käufer blos actione emti gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen können. Zum Beweise dieses Satzes bezieht man sich auf l. 15. Cod. de rei vindicat.

> Quoties duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse, ac pretium exsolvisse, apud praesidem provinciae probaveris,

> obtentu non datorum instrumentorum expelli te a possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris accipere, ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumtuum ratio habeatur, cum et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem convenit.

und l. 6 Cod. de heredit. vel. act. vend.

> Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus eorum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogetur.

Diese Sätze, so alt und unbestritten sie sind, haben immerhin ihre Bedenken gegen sich. Der Umfang und die Stärke der Rechte der verschiedenen Käufer kann nur in dem Verhältnisse zu dem Verpflichteten, dem Verkäufer, bestimmt werden. In dieser Beziehung stehen sie sich, die Käufe mögen gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten geschlossen worden sein, rechtlich einander völlig gleich. Denn sie gehen, vermöge ihrer rein persönlichen Natur, sämmtlich blos dahin, daß der Verkäufer verpflichtet sei, gegen Bezahlung des Kaufpreises die verkaufte Sache zu überlassen, oder dafern dieß nicht möglich ist, das Interesse zu vergüten. Thatsächlich beschränken sie sich gegenseitig in so fern, als natürlich der Verkäufer seine Verpflichtung blos gegen den einen Käufer erfüllen, und dem andern Ersatz leisten kann. Dieß führt jedoch blos dahin, daß es im Grunde von dem Verkäufer abhängt, wem er die Sache selbst überliefern, und wen er entschädigen will, weil vor der Uebergabe kein dingliches Recht an der Sache begründet ist. Von einer Vergleichung der Rechte der mehreren Käufer in ihrem Verhältnisse zu einander kann dagegen keine Rede sein. Denn es fehlt an den rechtlichen Beziehungen, welche in dieser Hinsicht mit einander zusammengehalten werden könnten. Soll freilich dessenungeachtet die Frage beantwortet werden, welches Recht stärker und vorzüglicher sei, so steht allerdings nichts entgegen, schließlich der Priorität der Zeit oder dem Loose den Ausschlag geben zu lassen, je nachdem die Käufe zu verschiedenen Zeiten oder gleichzeitig geschlossen worden sind, weil einmal die Vergleichungsmerkmale nicht in der Sache liegen, sondern

von auswärts her geholt werden müssen, es kann dieß aber nicht als etwas dem Kaufe Eigenthümliches angesehen werden.

Eben so giebt es zu Mißverständnissen Anlaß, wenn in dem Falle unter b. von einem Vorzugsrechte des Käufers, welcher die Sache übergeben erhalten hat, gesprochen wird, während hier einfach die rechtliche Verschiedenheit der Rechte der mehreren Käufer die Norm zur Entscheidung abgiebt. Der Kauf, welcher lediglich ein persönliches Recht gegen den Verkäufer auf Ueberlieferung des gekauften Gegenstandes gegen Zahlung des Kaufgeldes, oder nach Befinden auf Vergütung des Interesses giebt, hat weder auf das factische Verhältniß des Verkäufers zur Sache, noch auf das Recht desselben an der Sache irgend einen Einfluß. Es ist daher einer Seits der Verkäufer durch den Abschluß eines Kaufes nicht gehindert, die Sache anderweit gültig zu verkaufen. Es enthält aber auch andrer Seits der anderweite Verkauf an und für sich keinen Grund der Unmöglichkeit der Erfüllung des ersten Kaufes. Anders gestaltet sich dagegen das Verhältniß, wenn der Verkäufer die Sache bereits einem der mehreren Käufer übergeben hat. Denn hierdurch wird das zur Erfüllung des Kaufes gegenüber dem anderen Käufer erforderliche factische Verhältniß des Verkäufers zur Sache aufgehoben, und während nun der eine Käufer in Folge der an ihn bewirkten Tradition das Eigenthum oder doch wenigstens ein des Schutzes durch die publiciana in rem actio theilhaftiges Recht erlangt, hat der andere Käufer blos eine persönliche Klage wider seinen Käufer, deren Tendenz, nachdem der Verkäufer die factische Disposition über die Sache verloren hat, nicht mehr auf Uebergabe der Sache, sondern blos auf Leistung des Interesses gerichtet sein kann. Der Grund, warum der Käufer, dem die Sache übergeben worden ist, die Sache behält, der andere Käufer aber blos eine Klage auf Vergütung des Interesses hat, liegt daher in dem Eigenthume, oder dem gleichstehenden Realrechte des Ersteren an der Sache und in der rein persönlichen Natur der Klage des Letzteren. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß erstens die Tradition dieselbe Wirkung hervorbringt, die mehrern Käufe mögen gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten geschlossen worden sein, und es mag die Sache in dem letzteren Falle dem ersten oder zweiten Käufer übergeben werden, und zweitens zu dem Eintritte der rechtlichen Folgen der Tradition die Zahlung des Kaufpreises oder wenigstens die Cre-

ditirung des letzteren gehört, weil nur unter diesen Voraussetzungen von einen Uebergange des Eigenthums von dem Verkäufer auf den Käufer die Rede sein kann. (l. 19. 53. D. de contrah. emt. vend. l. 5. §. 18. D. de tribut. act. §. 41. I. de rerum divis.)

Man hat die Ansicht aufgestellt, daß derjenige Käufer, welchem die Sache tradirt worden, die mit der Tradition verbundenen Vortheile nicht habe, wenn er der zweite Käufer gewesen sei und um den ersten Kauf gewußt habe. Indessen liegt auf der Hand, daß in der bloßen Wissenschaft um den ersten Kauf ein dolus nicht liegt, weil der Verkäufer durch den ersten Kauf nicht gehindert ist, die Sache anderweit zu verkaufen, und der zweite Käufer keine Verpflichtung hat, sich darum zu bekümmern, wie sein Verkäufer mit dem ersten Käufer sich abfinden werde, daß aber auch, wenn man selbst in diesem Falle einen dolus statuiren *könnte*, daraus immer noch nicht folgen würde, daß der erste Käufer die dem zweiten Käufer übergebene Sache in Anspruch nehmen könnte.

Es entsteht nun die Frage, ob die vorstehend angegebenen Grundsätze über die Tradition der verkauften Sache auch gegenwärtig noch in Sachsen gelten, oder ob solche durch das Grund- und Hypothekengesetz vom 6. November 1843, nach welchem die Erlangung des Eigenthums an Immobilien an die Form des Besitzeintrags in das Grund- und Hypothekenbuch geknüpft ist, eine Aenderung erlitten haben. Diese Frage ist neuerlich in einem Processe zur Entscheidung gekommen, und da anzunehmen steht, daß es für die Leser dieser Zeitschrift von Interesse ist, die Meinungen der Gerichte über diese practisch wichtige Frage kennen zu lernen, so theilen wir den Fall, sammt den von den drei Instanzen in dieser Sache gesprochenen Entscheidungen im Nachstehenden mit.

Das Thatsächliche des Falles bestand im Wesentlichen in Folgendem: A. hatte sein Haus in D. zu einer Zeit, wo er sich nur erst im Naturalbesitze desselben befunden, im Monat September 1850 an B. verkauft. Ohngefähr ein halbes Jahr später hatte er dasselbe anderweit an C. verkauft und solches dem letzteren außergerichtlich übergeben. Kurz darauf war er als Civilbesitzer des Hauses in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen worden.

Beide Käufer hatten wider A. auf Erfüllung des Kaufes

geklagt und eine condemnatoria erlangt, auch zu Sicherung ihrer Rechte gegen Veräußerung und Verpfändung des Grundstückes protestirt. Dieselben stritten sich nun darum, wer von ihnen als Besitzer des Grundstückes einzutragen wäre, indem B. den früheren Abschluß seines Kaufes, C. aber seinen Naturalbesitz geltend machte. Uebrigens hatte B. nicht bezweifelt, daß C. das Grundstück gekauft und außergerichtlich übergeben erhalten, C. aber in Abrede gestellt, daß B. gekauft und namentlich vor ihm gekauft hätte, endlich aber B. sich darauf bezogen, daß C. in dolo versirt, indem er gewußt hätte, daß das Grundstück bereits verkauft wäre.

Der erste Bescheid, in welchem der erste Käufer B. als Kläger, der Verkäufer A. als Beklagter, der zweite Käufer C. als Intervenient aufgeführt wurde, lautete also:

Würde Kläger die aufgestellten Behauptungen,

daß der zwischen ihm und dem Beklagten erfolgte Kaufsabschluß über das in der Klage näher beschriebene, dermalen im bürgerlichen Eigenthume des letzteren befindliche Grundstück bereits am 8. September 1850 erfolgt sei, sowie daß er den Intervenienten, bevor dieser von dem besagten Grundstücke Besitz genommen, davon, daß er, Kläger, dasselbe bereits am 8. September 1850 von Beklagtem erkauft, in Kenntniß gesetzt habe,

binnen Sächsischer Frist dem Intervenienten der Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung und andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht erweisen, so ergehet wegen des Gesuchs um Eintragung des Klägers als Besitzer der vorgedachten Immobilien in das Grund- und Hypothekenbuch, sowohl der von Bl. — an erwachsenen Kosten halber, insoweit nicht schon über letztere entschieden worden, ferner was Recht ist.

Entscheidungsgründe.

Beklagter ist bürgerlicher Eigenthümer eines Grundstücks, welches derselbe, noch ehe er das Civileigenthum daran erlangt gehabt, wie Kläger behauptet, am 7. September 1850 an diesen und später am 17. März 1851 an den Intervenienten verkauft hat. Beide Käufer haben ihre behaupteten Ansprüche im Rechtswege verfolgt und gegen den Beklagten verurtheilende Erkenntnisse erlangt. Einem jeden von ihnen hat sich jedoch rücksichtlich der Erwerbung des Civilbesitzes der Umstand entgegengestellt,

daß von der einen, wie von der anderen Seite gegen die Uebertragung des Eigenthums protestirt, und davon Bemerkung zum Grund- und Hypothekenbuche gemacht worden ist rc.

Ueber die hier einschlagenden rechtlichen Grundsätze ist nun zuvörderst Folgendes vorauszuschicken:

Ist eine Sache von dem Eigenthümer an verschiedene Personen verkauft worden, so geht derjenige unter ihnen vor, welchem sie zuerst übergeben worden ist.

Fr. 12. Dig. de rei vind. (6. 1.).
Const. 15. Cod. eod. (3. 32.).
Leyser, med. ad Pand. spec. 444. med. 3.

Es wird jedoch dabei vorausgesetzt, daß der Besitzer bei der Besitzerwerbung in gutem Glauben sich befunden, also insonderheit nicht gewußt habe, daß dieselbe Sache schon einem anderen verkauft gewesen sei. Denn wer eine bereits verkaufte Sache anderweit verkauft, handelt dolose, und der Käufer, welcher davon Kenntniß hat, macht sich dadurch der Theilnahme an der dolosen Handlung schuldig, was auf des letzteren Seite verhindert, rechtliche Folgen hervorzubringen.

Fr. 10. §. 3. Dig. quae in fraud. credit. etc. (41. 8.).
Leyser, loc. cit.
Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts §. 1391. und die in der Note e. angeführten Schriftsteller.

Sodann die vorliegenden factischen Verhältnisse anlangend, hat Kläger zur Genüge zugegeben, daß Intervenient im Besitze des hier in Frage befangenen Grundstücks sich befinde, er hat jedoch dennoch einen Vorzug vor demselben unter der doppelten Behauptung geltend gemacht, daß

a.

sein Kaufsrecht älter als das des Intervenienten sei, demnächst aber

b.

daß letzterer den Besitz mala fide, nämlich in dem Bewußtsein erlangt, daß dasselbe Grundstück bereits früher von ihm, Klägern, erkauft worden sei.

Es kann daher, da

zu b.

der Intervenient die desfallsigen Thatumstände bestimmt in Abrede gestellt hat, Kläger mit deren Erweise nicht verschont wer-

den. Die dagegen von letzterem angezogenen Entscheidungen des Königlichen Appellationsgerichtes und des Königlichen Oberappellationsgerichtes sind hierunter nicht hinderlich. Denn daraus, daß dem Intervenienten die Erfüllung des Gesuchs um seine Eintragung als Civilbesitzer versagt worden ist, folgt selbstverständlich noch keineswegs, daß dem ebenfalls dahin gerichteten Antrage des Klägers ohne Weiteres entsprochen werden müßte.

Weiter hat zwar zu

a.

Intervenient selbst nur behauptet, daß sein Kaufsrecht erst vom 17. März 1851 seinen Ursprung habe, er hat aber andererseits nicht zugegeben, was von Klägern über die Zeit des zwischen ihm und Beklagten abgeschlossenen Kaufes angeführt worden. Nun ist allerdings in dem zwischen den zuletzt genannten Personen geführten Rechtsstreite rechtskräftig entschieden, daß der unter diesen abgeschlossene Kauf am 8. September 1850 perfect geworden sei. Inzwischen das hierdurch erzeugte formelle Recht dient zunächst nur für die Parteien selbst zur Norm und ist nicht von der Art, daß der Intervenient als Dritter dadurch ohne Weiteres verpflichtet würde.

Es bildet somit auch dieses Moment ein Glied der Kette, deren Dasein erfordert wird, um für den Kläger ein allseitig günstiges Resultat zu gewinnen.

Schließlich könnte es sich fragen, ob nicht Kläger ebenfalls gleichwie der Intervenient zur besonderen Klaganstellung zu verweisen gewesen wäre. Da jedoch die Streitpunkte, um welche allein es dermalen sich noch handelt, offen zu Tage liegen, so hat es zur Abschneidung größerer Weiterungen keinem Bedenken unterliegen können, sofort auf Beweis zu sprechen.

Der Kostenpunkt bedarf keiner besonderen Rechtfertigung.

Auf von beiden Theilen eingewendete Rechtsmittel erkannte das Appellationsgericht zu Dresden rein confirmatorisch, unter Hinzufügung nachstehender Motiven.

Entscheidungsgründe.

Da man mit den Entscheidungsgründen der vorigen Instanz im Wesentlichen einverstanden ist, bedarf es nur der folgenden Bemerkung zu Widerlegung dessen, was der Kläger in seiner Deductionsschrift und Intervenient zu Begründung seiner Adhäsion vorgebracht hat.

Zur Appellation Klägers.

Kläger bestreitet überhaupt, daß in dem gegenwärtigen Stadium des Processes ein Beweis noch zulässig sei,

1) weil in der Hauptsache bereits rechtskräftig entschieden worden und

2) weil Intervenient, wo nicht mit seinem Anspruche, so doch zu Anstellung besonderer Klage zu verweisen gewesen wäre.

Allein

zu 1. beruht die diesfallsige Behauptung auf einem völligen Mißverstehen der Verhältnisse, denn

a) hat das hiesige Stadtgericht nur in seiner Eigenschaft als Hypothekenbehörde und zwar

b) wie dies hiernach nicht anders geschehen konnte, nur durch Resolution, nicht durch Erkenntniß, übrigens aber auch nur

c) in der zwischen Klägern und Beklagten anhängigen, damals also Intervenienten nur unmittelbar berührenden Rechtssache,

d) nach der ausdrücklichen Bemerkung der gedachten Behörde, wie sie ihrerseits des Klägers Eintragung „nicht zu beanstanden haben wird", nur ihre Ansicht ausgesprochen, keineswegs aber die Differenz entschieden.

Zu 2., Ein Grund, den Intervenienten abzuweisen, ist vom Kläger nicht einmal aufgestellt worden, und liegt auch nicht vor.

Ebenso bedarf es einer Verweisung des Ersteren zur Anstellung förmlicher Klage nicht, da die thatsächlichen Verhältnisse, welche in der vorliegenden Differenz in Frage kommen, so einfach sind, daß über dieselben schon jetzt rechtlich erkannt werden kann, und auch durch jene Verweisung nur unnöthige Weiterungen und ein überflüssiger Aufwand an Zeit und Kosten herbeigeführt werden würde, deren Vermeidung im wahren Interesse des Klägers ebenso liegt, wie in dem des Intervenienten.

Mit Recht ist dem Kläger und nicht dem Intervenienten der Beweis auferlegt worden.

Was Kläger hiergegen eingewendet hat, ist aus einem Verkennen der vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse und einschlagenden Rechtsgrundsätze hervorgegangen, und beruht außerdem auf einem Mißverständnisse der zwischen ihm und dem Intervenienten ergangenen Verordnungen. Kläger sowohl als Interve-

nicht haben gegen den Beklagten rechtskräftige Entscheidungen auf Erfüllung der von ihnen mit demselben über das in Rede stehende Grundstück geschlossenen Kaufverträge, insbesondere auf Uebertragung des Eigenthumes an selbigen auf sie erlangt. Insoweit also stehen sie einander gleich.

Was aber ihr Verhältniß gegen einander anlangt, so steht zwischen ihnen nach ihren Erklärungen so viel fest, daß zwar beide das in Frage befangene Grundstück vom Beklagten erkauft haben, daß aber Intervenient im Besitze des Grundstückes sei. Hiernach würde in Gemäßheit des von der ersten Instanz angezogenen Rechtsgrundsatzes Intervenient dem Kläger vorgehen, und es würde, um den Streit zwischen beiden zu entscheiden, einer weiteren Beweisführung gar nicht bedürfen, vielmehr wäre ohne Weiteres zu Gunsten des Intervenienten zu erkennen gewesen. Nun hat aber Kläger, um den Einfluß jenes dem Intervenienten zur Seite stehenden Moments zu beseitigen, behauptet, nicht blos, daß er das Grundstück früher als Intervenient vom Beklagten erkauft habe, sondern auch, daß Intervenient hiermit bekannt gewesen sei, als er den Besitz erlangt, denselben also in bösem Glauben erworben habe. Daß man diese Behauptungen in erster Instanz beachtet hat, gereicht natürlich dem Kläger nicht zur Beschwerde. Ebenso wenig hat er aber eine gegründete Veranlassung, sich darüber zu beschweren, daß man ihm den Beweis derselben auferlegt hat. Denn ihn trifft nach bekannten Rechtsgrundsätzen die Beweislast, weil er den bestehenden Zustand verändert wissen will, indem er demjenigen, welcher im Besitze der Sache ist, dieselbe zu entziehen beabsichtigt und zu diesem Behufe thatsächliche Behauptungen aufstellt, deren Wahrheit nicht vermuthet werden kann. Wenn sich Kläger gegen die Uebernahme der Beweislast auf dasjenige berufen will, was er gegen den Beklagten ausgeführt hat, so vergißt er ganz, daß er es hier nicht mit diesem, sondern mit dem Intervenienten zu thun hat, für welchen Verhandlungen und Entscheidungen über das obligatorische Verhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten, bekannten Rechten nach, nicht präjudicirlich, sondern res inter alios actae sind.

Was die vom Kläger angezogenen Verordnungen des Königlichen Appellationsgerichts und des Königlichen Oberappellations-

gerichts anlangt, so ist durch dieselben allerdings Intervenient mit seinem Anspruche auf den Rechtsweg verwiesen worden. Allein dieser ist gegenwärtig betreten, und aus jener Verweisung folgt in keiner Weise, daß den Intervenienten auf dem Rechtswege auch die Beweislast treffen müsse. Ueber diese ist durch jene Verordnungen gar nicht entschieden, die Entscheidung über selbige vielmehr selbstverständlich den künftigen Erkenntnissen, nach Betretung des Rechtsweges überlassen worden, da die Frage, wer zu beweisen habe, von der Beschaffenheit der zur Ausführung ihrer Rechte von den Parteien aufgestellten, thatsächlichen Behauptungen abhängt.

Wenn der Kläger ferner gegen die Fassung des Beweisthemas Einwendungen vorbringt, und

zu A. behauptet, dasselbe sei theilweise überflüssig, weil der zwischen ihm und Beklagten erfolgte Kaufsabschluß vom 8. September 1850 vom Beklagten ausdrücklich, vom Intervenienten implicite bereits zugestanden worden, so beruht es auf einem bekannten Rechtsgrundsatze und bedarf keiner besonderen Ausführung, daß das, was Beklagter dem Kläger gegenüber in dem zwischen ihnen verhandelten Processe zugestanden hat, den Intervenienten nicht tangirt und daß daher auch bei der vorliegenden Frage der Kläger dem Intervenienten gegenüber auf ein Zugeständniß des Beklagten sich nicht berufen kann. Was dagegen die angeblichen Zugeständnisse des Intervenienten selbst betrifft, so sind dieselben, wie sie Kläger anzieht, zwar von der Art, daß sie Kläger nach Befinden bei seinem Beweise zu dessen Unterstützung wird benutzen können, keineswegs aber so klar und unzweideutig, daß sie als die zu beweisende Thatsache in Liquidität setzend angesehen werden könnten.

Weiter behauptet Kläger

zu B., der ihm auferlegte Beweis der Thatsache, wie er den Intervenienten davon in Kenntniß gesetzt habe, daß er das fragliche Grundstück bereits am 8. September 1850 erkauft habe, sei völlig irrelevant, weil

1) es schon genüge, daß er ein älteres Recht habe und es da des Beweises des besseren, bona fide erworbenen, nicht bedürfe. Allein man kann hier einfach auf den Grundsatz, welchen Kläger nur bestritten, aber zu widerlegen nicht einmal ver-

sucht hat, und auf dasjenige verweisen, was weiter unten in Bezug auf die Adhäsion des Intervenienten bemerkt werden wird. Anlangend aber

2) die Behauptung, daß die Uebergabe und der Naturalbesitz im vorliegenden Falle nicht entscheiden, und überhaupt nicht von Einfluß sein können, so ist vom Kläger von falschen Voraussetzungen ausgegangen worden. Denn der Grundsatz, daß unter zweien, welchen die nämliche Sache von demselben verkauft worden ist, derjenige vorgeht, welchem sie zuerst übergeben wurde, ist in dem Falle, wenn keiner von beiden das Civileigenthum erlangt hat — welcher Fall hier vorliegt — heut zu Tage auch bei Grundstücken noch ebenso anwendbar, wie nach Römischem Rechte. Dem steht auch weder der vom Kläger angezogene §. 6. des Gesetzes, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betreffend, vom 6. November 1843, noch der §. 2. desselben Gesetzes, welcher noch mit mehr Schein hätte angezogen werden können, entgegen. Denn die in diesen §§. ausgesprochenen Bestimmungen beziehen sich einzig und allein auf die Frage, was nach Sächsischem Rechte zur Erwerbung des Civileigenthums erfordert wird, lassen aber die auf die Uebertragung des Besitzes an sich folgenden rechtlichen Wirkungen, welche im gegenwärtigen Falle allein in Frage sind, ganz unberührt. Eben so wenig von Einfluß ist das weitere Anführen Klägers, daß Intervenient sich in seiner Klage gegen den gemeinschaftlichen Auctor auf eine außergerichtliche Uebergabe gar nicht bezogen habe. Denn er hat sich dem Kläger gegenüber deutlich und bestimmt genug auf eine solche berufen und dies ist für die vorliegende Differenz ausreichend. Der Umstand aber, daß A. am 17. März 1851 noch nicht Civileigenthümer des damals dem Intervenienten nach dessen Anführen übergebenen Grundstücks gewesen, ist in der hier fraglichen Beziehung gleichgültig, da, wie Kläger selbst nicht in Abrede stellen kann, Beklagter nachher, und zwar unter dem 7. Mai 1851, das Civileigenthum an dem in Rede stehenden Grundstücke erlangt hat.

L. 42. D. de usurpat. X. L. I. 3.

Unpassend ist endlich auch

3) die Bezugnahme auf §. 22. und 23. unter 1. des angezogenen Gesetzes vom 6. November 1843.

Dort wird nämlich weiter nichts gesagt, als daß vermöge

der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung für den, der nach den in dem gedachten Buche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt, alle seiner Handlung nach jenen Einträgen angemessenen rechtlichen Wirkungen hervorbringe — und daß ein früherer, aber nicht eingetragener Erwerber eines Grundstücks, den späteren, in gutem Glauben befindlichen und eingetragenen Erwerber desselben nicht verdrängen könne. Daß der letztere Fall ein ganz anderer sei, als der vorliegende, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ebenso leuchtet es aber bei nur einiger logischer Betrachtung der Sache von selbst ein, daß der Schluß: weil der frühere Erwerber dem späteren Erwerber dann nachsteht, wenn der letztere in gutem Glauben erworben hat und eingetragen ist, so muß, wenn keiner von Beiden eingetragen ist, der frühere Erwerber dem späteren allemal vorgehen, falsch sei. Denn bei diesem Schlusse wird der Obersatz, welcher sich nur auf das Verhältniß des eingetragenen Besitzers zu dem nicht eingetragenen bezieht, auf ein Verhältniß angewendet, in welchem jene wesentliche Voraussetzung seiner Anwendbarkeit gar nicht vorhanden ist.

Für den hier vorliegenden Fall, in welchem zwei nicht eingetragene Käufer desselben Grundstücks einander gegenüberstehen, hat das Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betreffend, eine Bestimmung weder treffen wollen, noch getroffen. Es ist also für diesen, durch jenes Gesetz in keiner Weise berührten Fall das bisherige Recht gültig geblieben und dieses ist in den Entscheidungsgründen erster Instanz angegeben worden. Darnach geht der frühere Erwerber dem späteren Erwerber, welchem die Sache von dem gemeinschaftlichen Veräußerer übergeben worden ist, nur dann vor, wenn der frühere Käufer die mala fides — nicht, wie Kläger sagt, die bona fides — des späteren Erwerbers nachweisen kann.

Das Weitere hierüber wird sofort im Folgenden bemerkt werden.

Zur Adhäsion des Intervenienten.

Auch der Intervenient hält den von der ersten Instanz erkannten Beweis für überflüssig und verlangt vielmehr, daß ohne Weiteres zu seinen Gunsten entschieden werde, weil er im Besitze des fraglichen Grundstückes sich befinde und bei einer derartigen

Collision zweier Käufer derjenige vorgehe, welchem die Sache zuerst übergeben worden sei.

Nun ist es allerdings richtig, daß nach den, im römischen Rechte enthaltenen, eine Collision der vorliegenden Art betreffenden Stellen die Uebergabe der verkauften Sache an den einen oder den anderen Käufer als das entscheidende Moment hervorgehoben wird, so daß der spätere Käufer dem früheren vorgehen soll, wenn die Sache dem ersteren bereits übergeben worden ist. Vergleiche außer den von der ersten Instanz angeführten Stellen,

L. 72. D. de rei vind. VI. 1.
L. 15. C. eod. III. 32.

wie noch

L. 6. C. de her. vend. IV. 39.

wie denn auch die Erlangung des Besitzes als der den Vorrang bestimmende Umstand in dem Falle bezeichnet wird, wenn der Verkäufer selbst nicht Eigenthümer gewesen ist, obschon rücksichtlich dieses Falles die Aussprüche der Quellen zu Zweifeln Veranlassung geben, deren Erörterung nicht hierher gehört.

L. 9. §. 4. D. de publ. in rem act. VI. 2.
L. 31. §. 2. D. de act. emti vend. XIX. 1.
L. 14. D. qui potiores in pign. XX. 4.

Demgemäß wird auch von vielen Rechtslehrern in dem obigen, hier vorliegenden Falle des Verkaufs von Seiten des nämlichen Eigenthümers an zwei Käufer unter den letzteren der Besitzer unbedingt vorgezogen, mag er in gutem Glauben, d. h. unbekannt mit dem schon vorher an einen Anderen erfolgten Verkaufe, oder nicht, den Besitz erlangt haben.

Wissenbach, in libr. VI. priores Cod. Comment. ad L. 15. C. cit.
Hommel, Rhaps. quaest. obs. 883. Vol. VI. pag. 581 sq.
Glück, Erläuterung d. Pandect. Theil XVII. S. 219.
Thibaut, System des Pandecten-Rechts, §. 714. der 8ten Ausgabe.
Treitschke, der Kaufcontract, §. 56. und 88. S. 126 flg. und 203.

Indessen hat doch die Modification jenes Grundsatzes, welche von mehreren Rechtslehrern aufgestellt wird, daß nämlich, damit der Besitz des späteren Käufers demselben den Vorrang vor dem

früheren Käufer geben könne, guter Glaube auf Seiten des ersteren vorausgesetzt sei, erhebliche Gründe für sich. Vergleiche besonders

Berger, Suppl. ad Elect. disc. for. P. II. tit. V. p. 216 sq.

Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 444. med. 3.

Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts §. 468. Anmerkung b. §. 547. Anmerkung b. §. 1391. Anmerkung c.

Es wird nämlich jene Modification zwar nicht durch die in prima angezogene L. 10. §. 3. D. quae in fr. credit. XLII. 8., als welche sich auf ein ganz anderes Verhältniß als das vorliegende bezieht, wohl aber durch die Erwägung gerechtfertigt, daß der Verkäufer, welcher eine von ihm selbst schon an den Einen verkaufte Sache hierauf noch an einen Andern verkauft, eines sich als dolus darstellenden Contractsbruches gegen den ersteren schuldig macht und demselben für den hieraus entstehenden Schaden verantwortlich ist,

L. 6. C. cit.

L. 1. §. 2. D. de dolo malo IV. 3.

und daß der Käufer, welcher wissentlich die schon einem Andern verkaufte Sache kauft und sich übergeben läßt, an jenem dolus seines Mitcontrahenten Theil nimmt, und dadurch ebenso wie dieser für den Schaden des Andern verantwortlich wird. Dieß wird auch von dem Vertheidiger der obigen strengeren Ansicht nicht verkannt, und namentlich giebt

Hommel, l. c. §. 9. p. 505.

zu, daß der verkürzte Käufer gegen den andern eine actio ex L. Aquilia utilis auf Entschädigung anstellen könne. Das Object des von dem dolosen Käufer zu leistenden Schadenersatzes besteht nun in dem Werthe der dem verkürzten Käufer entzogenen verkauften Sache. Kann aber diese Sache selbst noch geleistet werden, so mag der Beschädigte nicht genöthigt werden, sich mit dem Werthe derselben abfinden zu lassen, sondern er kann die Sache selbst fordern. Dies führt in einem Falle der vorliegenden Art dahin, daß er dem dolosen Käufer, wenn schon dieser den Besitz der Sache erlangt hat, vorgezogen und ihm in Folge dessen ein Recht auf Uebertragung zum Behufe des Eigenthumserwerbs gegen den Besitzer zugestanden werden muß. Diese Ansicht ver-

dient um so mehr Billigung, als sie mit dem gegenwärtig in Sachsen geltenden Principe bei der Collision zwischen zwei Erwerbern eines Grundstücks, welchen dasselbe von dem nämlichen Besitzer veräußert und von welchen der eine als Eigenthümer eingetragen worden ist, harmonirt, indem auch in diesem Falle der gute Glaube eine wesentliche Voraussetzung für den Vorzug des letzteren bildet.

vergl. Gesetz vom 6. November 1843. §. 23. unter No. 1.

Demgemäß hat man auch auf die Adhäsion des Intervenienten den Bescheid erster Instanz zu bestätigen sich bewogen gefunden.

Auf nochmalige Appellationen beider Theile erkannte das Oberappellationsgericht reformatorisch also:

„daß es mit Ausnahme desjenigen, was über die Kosten der zweiten Instanz erkannt worden ist, als wobei es bewendet, bei nur gedachtem Urthel nicht zu lassen, sondern es ist, des von dem Intervenienten erhobenen Widerspruches ungeachtet, mit dem gerichtlichen Eintrage des Klägers, als Besitzers des Hausgrundstückes sub No. — der —straße zu verfahren; es werden jedoch die Kosten der Differenz zwischen dem Kläger und dem Intervenienten compensirt."

Die in gegenwärtiger Instanz entstandenen Kosten werden zwischen den Parteien aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

Nimmt man die Thatsachen, wie sie nach den beiliegenden Acten in dem Verhältnisse zwischen dem Kläger und Intervenienten einer und dem Beklagten andrer Seits erwiesen vorliegen, auch in den gegenseitigen Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Intervenienten für dargethan an, so hat der Kläger den Vortheil für sich, daß er den Kauf über das Hausgrundstück sub. No. 17. der A....straße mit dem Beklagten früher geschlossen hat als der Intervenient, während der Intervenient in Folge seines Kaufes das Grundstück außergerichtlich übergeben erhalten hat, was bei dem Kläger nicht der Fall ist. Hiernach hängt die Entscheidung der Frage, welche von den beiden Käufern des gedachten fundus ein vorzüglicheres Recht auf die gerichtliche Zuschreibung habe, von der Beantwortung der doppelten Frage ob,

1) ob der Kläger vermöge des früheren Abschlusses des Kaufes ein Vorzugsrecht vor dem Intervenienten habe, und

2) ob dieses Vorzugsrecht durch den Naturalbesitz des Intervenienten aufgehoben und zu nichte gemacht werde.

So viel die Frage

ad 1.

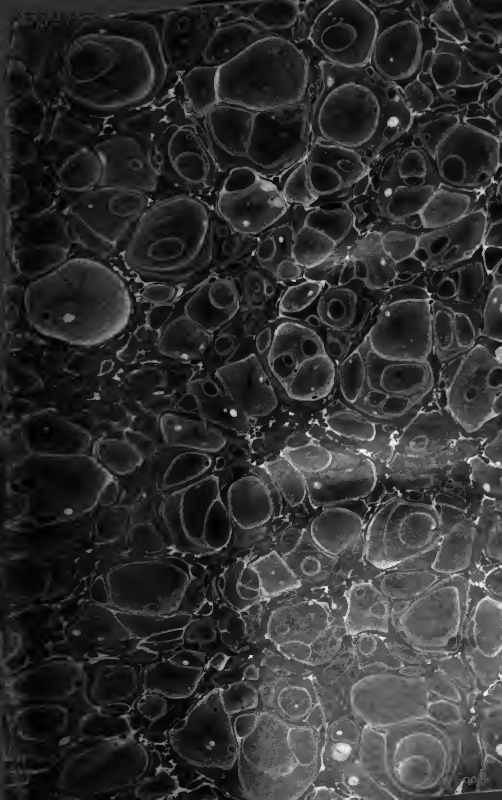
angeht, so fehlt es allerdings an einem ausdrücklichen Gesetze, welches ausspräche, daß, wenn ein und derselbe Gegenstand an mehrere Personen verkauft worden ist, der erste Käufer den späteren Käufern vorginge. Einige Rechtslehrer wollen dieß aus dem allgemeinen Grundsatze, in pari causa qui prior tempore, est potior jure, folgern. Andere beziehen sich zum Beweise der Behauptung, daß der erste Käufer auf gerichtliche Hülfe einen vorzugsweisen Anspruch habe, um die Sache selbst zu erlangen, auf die Analogie der l. 26. D. locat. und des cap. ult. pr. in sext. de sponsalib. Ließe sich nun aber auch der Zweifel erheben, ob jener Grundsatz und diese Gesetzstellen etwas bewiesen, so stimmen doch alle Rechtslehrer, welche die angegebene Frage berühren, in der Sache selbst und zwar darin überein, daß bei dem gleichzeitigen Vorhandensein mehrerer Käufer der erste Käufer ein Recht habe, die Auslieferung der Sache selbst zu verlangen und den späteren Käufern blos die Klage auf Ersatzleistung gegen den Verkäufer vorbehalten bleibe, und es mag von dieser communis opinio in dem vorliegenden Falle um so weniger abgegangen werden, als das Oberappellationsgericht bisher dieselbe Ansicht befolgt hat.

Anlangend die Frage

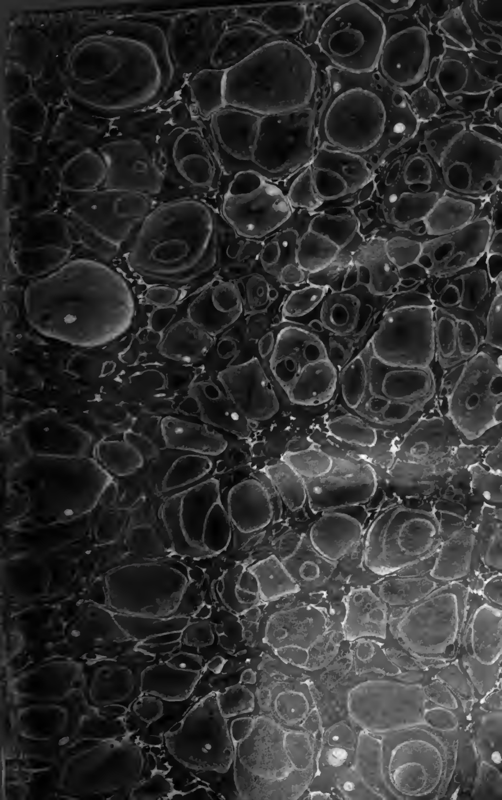
ad 2.

so hat das Oberappellationsgericht, welches übrigens in den besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falles, namentlich in dem Umstande, daß der Beklagte die Käufe mit dem Kläger und dem Intervenienten eher geschlossen hat, als er selbst als Besitzer des Grundstückes sub No. — der —straße eingetragen gewesen ist, keinen Grund hat finden können, warum das Hypothekengesetz hier nicht maaßgebend sein sollte, bei sorgfältiger Berathung der Sache die Ueberzeugung gewonnen, daß die außergerichtliche Uebergabe eines Grundstücks keine Vortheile und Befugnisse gewähre, welche nach den Grundsätzen des Hypothekengesetzes bei einem Streite zwischen den mehreren Käufern des Immobiles

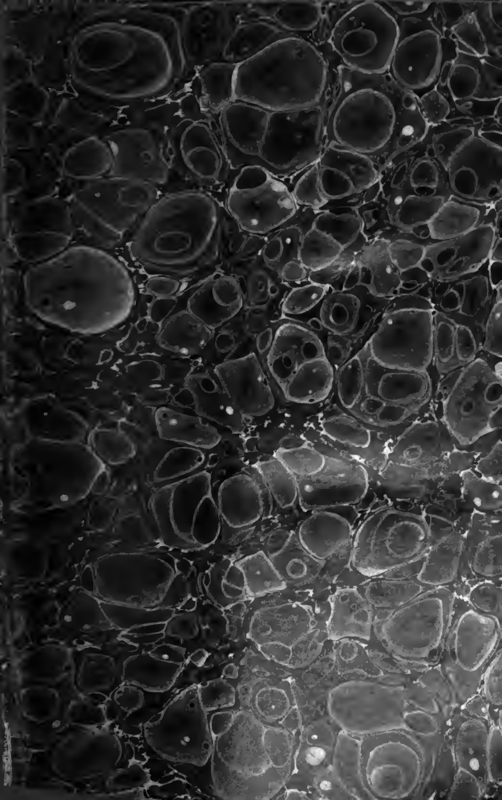

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDINAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



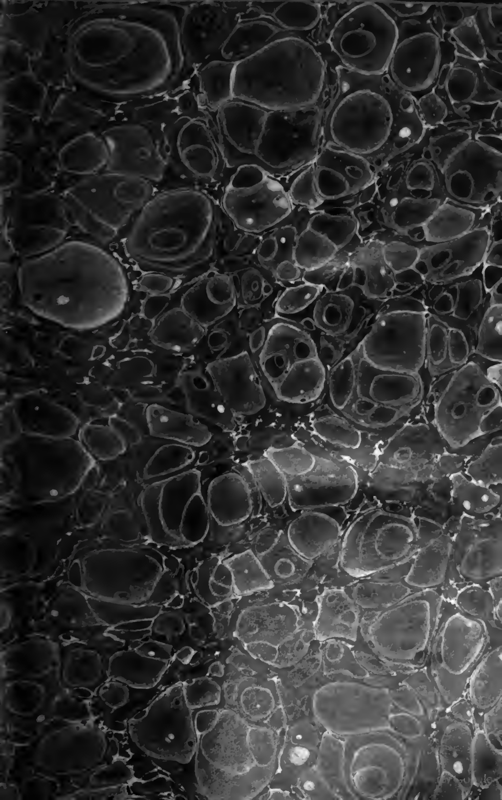

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE








VE RI TAS





für

Rechtspflege und Verwaltung,

zunächst

für das Königreich Sachsen.

Neue Folge.

Herausgegeben von

Dr. Theodor Tauchnitz.

Funfzehnter Band.

Leipzig,

Verlag von Bernhard Tauchnitz.

1857.

I.

Die Vertheidigung im mündlichen Strafverfahren.

Vom Hrn. Oberappellationsrath Ritter rc. Dr. **Schwarze** in Dresden.

Zu denjenigen Partien der neuen Strafproceßgesetzgebung, welche eine sehr verschiedenartige Beurtheilung erfahren haben, gehören auch die Bestimmungen über die Vertheidigung. Es ist jedoch gerade die Vertheidigung in dem neuen Verfahren besonders begünstigt worden und ihr eine bedeutendere und eingreifendere Wirksamkeit eingeräumt worden, als diejenige, welche ihr in dem zeitherigen Verfahren zugetheilt ist.

Es wird nicht unpassend sein, einen Rückblick auf die gegenwärtige Stellung der Vertheidigung zu werfen. Dieselbe ist in der Entwickelung, welche sie in dem gemeinen deutschen Untersuchungsprocesse erfahren hat, schon vielfach zum Gegenstande der Beschwerde gegen den letzteren gemacht worden.

Das Inquisitionsprincip verpflichtet den Inquirenten, von Amtswegen die für den Angeschuldigten sprechenden Gründe aufzusuchen und zu berücksichtigen. Die Erforschung und Feststellung der Wahrheit, wie sie dieses Princip erfordert, würde ohne eine gleichmäßige Berücksichtigung des Anschuldigungs- und des Entlastungsbeweises eine bloße Redensart sein. Das Gebot der Gerechtigkeit, welches in dieser gleichmäßigen Berücksichtigung seine Anerkennung findet, verlangt gleichfalls, daß die im Strafverfahren thätigen Behörden die Erforschung der Wahrheit, gleichviel ob sie zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten gereicht, zu dem Strebziele ihrer Thätigkeit nehmen. Es ist daher erklärlich, wie es gekommen, daß einzelne Gesetzgebungen, beziehendlich unter ausdrücklicher Hervorhebung dieser Pflicht der Behörden, im

Inquisitionsverfahren dem Angeschuldigten überhaupt nicht die Beiziehung eines Vertheidigers gestatteten.[1] Es mag hier auch jenes Mißtrauen und jene Abneigung gegen rechtsgelehrte Defensoren in Verbindung mit der Furcht vor Verschleifen der Entscheidung mitgewirkt haben, welche uns in den älteren Strafproceßgesetzen häufig begegnet, welche aber auch, wenn man von den mitgetheilten Proben damaliger Vertheidigung auf die Stellung und die Thätigkeit der Vertheidiger überhaupt schließen darf, nicht völlig unverdient gewesen ist. Hieraus erklärt sich ferner, warum einzelne Gesetzgebungen, wenngleich sie die Zulassung eines Vertheidigens im Principe anerkannten, doch dieselbe auf die schwersten Fälle beschränkten und sie in den übrigen Fällen geradezu ausschlossen.

Von Bedeutung für das Werk der Vertheidigung war die damals übliche, in ihrem Werthe oft verkannte Unterscheidung des Verfahrens in die General- und Special-Inquisition. Die Vertheidigung zur Abwendung der letzeren war eine wichtige Begünstigung des Entlastungsbeweises und ein großer Schutz für den Angeklagten. Sie stand jedoch nicht im Einklange mit der Entwickelung, welche der deutsche Untersuchungsproceß genommen. Es kann nicht oft genug daran erinnert werden, daß es weniger das Princip desselben, als die Entwickelung und Ausbildung oder richtiger Verbildung dieses Princips gewesen, welche die Beschwerde gegen das schriftliche Verfahren erzeugte und die Reform des Verfahrens nothwendig machte. Diese Entwickelung führte zu einer immer weiter um sich greifenden Beschränkung der Vertheidigung. Sehr bezeichnend für die Mißgunst, mit welcher die Vertheidigung angesehen wurde, ist die, auf die Specialinquisition bezügliche Bestimmung der Hannöv. Criminalinstruction Cap. IV. §. 26. und die ihr gegebene Auslegung.[2] Es heißt daselbst: „Nachdemmahlen aber die Erfahrung vielfältig bezeuget, daß die Inquisiten gemeiniglich hierbei nichts anderes suchen, als nur von denen wider sie vorhandenen Indiciis Nachricht zu erhalten, so sollen denen Beschuldigten, damit er sich nicht auf Unwahrheiten und allerlei Ränke, seine Thaten zu verbergen,

1) vgl. den Bayer. Criminal-Coder v. J. 1751 Thl. II. Cap. 5. §. 19 und das Oester. Gesetzbuch v. J. 1803 §. 337.

2) vgl. hierüber Zachariä, die Gebrechen und die Reform rc. S. 150 flg.

gefaßt machen könne, die bei der Generalinquisition geführte Protocolle und Acten, in vorberührten Fällen nicht zur Einsicht vorgelegt werden." Diese Bestimmung wurde in der Hannöver. Praxis auch auf den Vertheidiger angewandt. In anderen Ländern stellte man die Vorlegung der Acten zwar in das Ermessen des Gerichts, verpflichtete jedoch in solchem Falle den Vertheidiger noch besonders und eidlich, daß er von dem Inhalte der Acten seinem Clienten keinerlei Mittheilung machen wolle.

Die beiden naturgemäßen Abschnitte des Verfahrens verloren ihre Bedeutung, als man die Special- oder Hauptuntersuchung nur als eine, der Form wegen nöthige Wiederholung der Generaluntersuchung behandelte. Es bildete sich die, bis in die jetzige Zeit festgehaltene Ansicht, daß die Untersuchung ein ununterbrochenes, aus einer fortlaufenden Reihe von einzelnen Handlungen bestehendes Ganze sei und keinen anderen Hauptabschnitt habe, als den, wo sie als erschöpft erklärt und an den Spruchrichter eingesendet werde.[3] Die Specialinquisition sank zu einem bloßen, ziemlich nutzlosen Schlußverhöre herab und auch dieses wurde auf die schwersten Fälle, zumeist Capitalfälle, beschränkt. Die Trennung der beiden Stadien der Untersuchung wurde in den Lehrbüchern und den sonstigen Schriften über den Criminalproceß noch gelehrt, aber in der Praxis war sie verschwunden. Die Praxis kannte ein unterscheidendes Merkmal beider Stadien nicht mehr, und die Planlosigkeit, mit welcher Untersuchungen eröffnet, fortgeführt und geschlossen, sowie willkürlich in ihrem Gegenstande und ihren Richtungen verändert wurden, tritt uns in den Mittheilungen über die Spruchpraxis ziemlich klar entgegen. Die Klage wird oft gehört, daß bei dieser Planlosigkeit der Untersuchung nicht nur die letztere verschleift werde, sondern auch die Vertheidigung nicht wisse, worauf sie ihre Thätigkeit richten solle, und das erkennende Gericht aus dem Chaos der Untersuchung mit Mühe erst die etwaigen Momente heraussuche, welche bei der Entscheidung in Berücksichtigung kommen könnten. Die äußerlich erkennbare Form ist nicht vorhanden, durch welche die Willkür des Inquirenten in der Richtung seiner Thätigkeit ausgeschlossen und dem Angeklagten die Möglichkeit gewährt werden muß,

3) Jagemann, Handbuch der Unters. Kunde §. 62. in Verb. mit Mittermaier, die Lehre von der Vertheidigung S. 18 flg.

gegen eine bestimmte Anschuldigung sich vertheidigen zu können. Es hat nicht an Inquirenten gefehlt, welche in dieser Regellosigkeit des Verfahrens einen Vorzug desselben und zugleich ein vortreffliches Mittel, den Angeschuldigten irre zu führen und in seiner Rechtfertigung sich selbst zu verwickeln, und daher in der Vertheidigung nur eine Störung ihres Planes, welche auf ein möglichst geringes Maß zurückzuführen sei, erblickten. Grade in diesen Punkten ist übrigens das Kanonische Recht, in welchem man mit Unrecht nicht selten die Quelle aller Gebrechen des Strafprocesses findet, dem Angeklagten viel günstiger als der gemeine deutsche Untersuchungsproceß.

Ferner ist hier das Streben des deutschen Inquirenten, ein Bekenntniß des Angeschuldigten zu erlangen, — ein charakteristisches Kennzeichen des deutschen Untersuchungsprocesses — zu erwähnen. Dieses Streben führte nothwendig zu den erwähnten Beschränkungen der Vertheidigung und zur Beseitigung der zu Gunsten derselben noch in der Carolina enthaltenen Bestimmungen. Denn mit der Entwickelung des deutschen Untersuchungsprocesses, welche während der ganzen Dauer der Untersuchung die Mitwirkung irgend einer dritten Person ausschloß und den Bezüchtigten lediglich dem subjectiven Ermessen des Inquirenten überwies, würde die Berechtigung des Vertheidigers, selbst während der Untersuchung das Interesse seines Schützlings zu vertreten, nicht mehr im Einklange gestanden haben. In einer Beiziehung des Vertheidigers vor dem Schlusse der Untersuchung würde das Actengeheimniß verletzt gewesen sein, das man, dem Angeschuldigten wie dem Vertheidiger gegenüber, bis an den Schluß der Untersuchung bewahrte. In ihr würde man eine Gefährdung des Planes der Untersuchung und eine stillschweigende Berechtigung zu Einflüsterungen und Collusionen des Vertheidigers mit dem Angeschuldigten gefürchtet haben. Insbesondere findet man in den Schriften der Strafproceßlehrer des vorigen Jahrhunderts diese Befürchtung bestimmt ausgesprochen und eine frühere Beiziehung des Vertheidigers als unvereinbar mit der Stellung des Inquirenten zum Angeschuldigten in der Untersuchung bezeichnet.

Auf diese Weise ist es gekommen, daß der Werth der Vertheidigung bedeutend gesunken ist und daß — offen gesprochen — die Vertheidigungsschriften selbst sehr häufig das Gepräge der Flüchtigkeit und der Unlust des Verfassers an sich tragen. Er

fühlt, daß er nicht mit der Freiheit und Sicherheit sich bewegen kann, welche zu dem Gelingen einer solchen Arbeit gehört, und daß er nicht in der Lage sich befindet, vollständig übersehen zu können, ob gnügende Momente zur Entkräftung des geführten Schuldbeweises vorhanden seien. Die Thätigkeit des Defensors ist vielmehr gegenwärtig auf die Zusammenstellung der in den Acten enthaltenen Gründe, welche zu Gunsten des Bezüchtigten geltend gemacht werden können, beschränkt, und hat es daher mit einem gegebenen, bereits fertigen Materiale zu thun. Nur selten wird der Vertheidiger bei dem Studium der Acten Veranlassung zu Anträgen auf neue Beweisaufnahmen, insbesondere behufs der Ergänzung der Lücken finden. Er ist nicht im Stande, mit voller Sicherheit die Gesetzlichkeit des Ganges der Untersuchung zu prüfen und Unregelmäßigkeiten und Nichtigkeiten zu entdecken. Er kommt mit seiner Thätigkeit häufig zu spät. Er kann oft die geeigneten Anträge zur Erhebung von Entlastungsthatsachen nicht stellen und einzelne Theile der Beweisaufnahme nicht mehr anfechten, weil die Beweise für erstere nicht mehr zu erlangen sind und weil letzteres, nachdem insbesondre die Zeugen ihre Aussage beeidigt haben und von ihnen nachträglich nicht leicht abgehen werden, vergeblich sein würde. Auf diese Weise ist es wohl gekommen, daß die Vertheidigungsschriften häufig nichts enthalten, was nicht schon der aufmerksame und verständige Richter bei dem Studium der Acten gefunden haben sollte, und daß der Einfluß der Vertheidigung auf die richterliche Entscheidung nicht ein erheblicher genannt werden kann. Es mag auch nicht verkannt werden, daß der Umstand von Einfluß gewesen ist, wie die Vertheidiger nur äußerst selten von der über ihre Vertheidigung ertheilten Entscheidung, insbesondere der der zweiten Instanz, Kenntniß erhalten und somit auch wohl eine gewisse Gleichgiltigkeit bezüglich der Aufnahme, welche ihre Arbeit bei den Spruchbehörden findet, sich einstellt.

Der Verfasser ist bei dieser Kritik des jetzigen Verfahrens keineswegs in der Ansicht befangen, als ob die Vertheidigung gleichsam eine systematische Opposition gegen den Untersuchungsrichter enthalte und jedes Mittel zulässig sei, durch welches die Vertheidigung die Thätigkeit des letzteren, soweit sie auf Herstellung des Schuldbeweises gerichtet ist, zu vereiteln im Stande sei. Der Verfasser ist vielmehr der Ansicht, daß auf die Ver-

theidigung nur die Herstellung der Wahrheit zum Strebziele ihrer Thätigkeit nehmen dürfe. Wird gleich selbstverständlich sie vorzugsweise auf die Feststellung des Entlastungsbeweises gerichtet sein, so soll sie doch bei derselben nur redlicher Mittel sich bedienen und nur die Wahrheit zu erforschen bemüht sein. Es ist ein unwürdiges Verfahren einzelner Vertheidiger, unbestrittene Thatsachen durch unwahre Verdächtigung der betreffenden Beweismittel beseitigen zu wollen und das Verfahren wegen völlig unerheblicher und unwesentlicher Formwidrigkeiten als nichtig anzufechten. Es ist nicht minder zu mißbilligen, wenn Vertheidiger aus völlig unzureichenden Gründen und bisweilen nur in der unverkennbaren Absicht, dem einmal übernommenen Auftrage zu genügen und einige Seiten voll zu schreiben, Herabsetzung der in erster Instanz erkannten Strafe, oft selbst unter absichtlicher Nichtachtung der einschlagenden strafgesetzlichen Vorschriften, beantragen. Dennoch trägt auch hier das schriftliche Verfahren einige Schuld. Die Stellung, welche es dem Vertheidiger angewiesen, begünstigt dergleichen Mißbräuche und beschränkt ihn in den Mitteln und dem Streben nach einer würdigeren Erfüllung seiner Pflicht.

Das mündlich-öffentliche Strafverfahren bietet dagegen der Vertheidigung eine würdigere Stellung und einflußreichere Wirksamkeit dar.

Dasselbe hat die, der Eintheilung in General- und Special-Inquisition zu Grunde liegende Idee wieder aufgenommen. Indem es die Feststellung des Thatbestands und die vorläufige Sammlung der Beweise als Aufgabe für die Voruntersuchung bestimmte und daher dieser nur einen vorbereitenden Charakter zugestand, hat es die eigentliche Untersuchung, deren Ergebnisse für die Entscheidung in der Hauptsache maßgebend sein sollen, in die Hauptverhandlung gelegt. Die letztere ist sonach keineswegs ein Schlußverhör im Sinne des gemeinen Strafprocesses und ebensowenig eine Recapitulation der Voruntersuchung. Im Gegentheile würde der Charakter der Hauptverhandlung verkannt und der Nutzen derselben verkümmert werden, wenn die Voruntersuchung mit der Umständlichkeit, welche bei unsrer jetzigen Untersuchungsführung die Regel bildet, geführt und bereits in der Voruntersuchung der Beweis vollständig erhoben würde. Es

kann nicht genug erinnert werden, daß wie bereits gegenwärtig oft die Untersuchung unnützer Weise in einer wahrhaft ermüdenden Weise bis in die kleinsten Nebenumstände der zur Sprache gekommenen Thatsachen sich vertieft und hierfür einen unverhältnißmäßigen, besser verwendbaren Aufwand an Zeit und Kraft beansprucht, so künftig die jetzt noch mögliche Rechtfertigung solchen Verfahrens, die man in dem Wunsche nach größter Vollständigkeit und völliger Spruchreife findet, nicht mehr zulässig und eine nach gleicher Maxime geführte Voruntersuchung gerechtem Tadel ausgesetzt sein würde. Die Spruchreife soll durch die Hauptverhandlung erzielt werden und die Voruntersuchung soll in der Sammlung der Beweise nur soweit vorgehen, um über die Fortstellung der Untersuchung entscheiden und im Falle der Fortstellung einige Sicherheit für die ununterbrochene Abhaltung der Hauptverhandlung gewähren zu können.

Die Vertheidigung ist in der Hauptverhandlung unmittelbar und fortdauernd thätig. Sie überwacht den Gang derselben bezüglich der formellen Giltigkeit und der Unparteilichkeit des Gerichts, — sie sorgt für die genaue Feststellung der den Entlastungsbeweis betreffenden Thatsachen und für die vollständige Erhebung aller strafausschließenden und strafmindernden Momente, und ist im Stande, in jedem Augenblicke der Beweisaufnahme und auf Grund der Gestaltung derselben, die Interessen des Angeschuldigten zu wahren. Diese unmittelbare Betheiligung bei der Beweisaufnahme sichert der Vertheidigung eine bedeutende Wirksamkeit und gewährt dem Vertheidigungsbeweise gleiche Berechtigung, wie dem Anschuldigungsbeweise.

Durch diese Theilung der Untersuchung in zwei Abtheilungen und das Attribut der Mündlichkeit für die Hauptverhandlung wird daher auch die Vertheidigung wesentlich begünstigt. Sie hat gleichfalls mit in das Auge zu fassen, daß der Charakter der Hauptverhandlung, gegenüber der Tendenz der Voruntersuchung, gehörig erkannt und im Interesse des Angeklagten sorgsam bewahrt werde. Eine Verwischung dieses Charakters bei ungebührlicher Ausdehnung der Voruntersuchung würde insbesondere die Interessen der Vertheidigung benachtheiligen und die Wirksamkeit derselben in der Hauptverhandlung erschweren.

Wird hiernach in der Zulassung des Vertheidigers bei der

mündlichen Hauptverhandlung die Berechtigung der (formellen) Vertheidigung anerkannt, bei der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte die Interessen des Bezüchtigten zu vertreten, so ist auch von den meisten Gesetzgebungen die Zulassung des Vertheidigers von der Rechtskraft der Entscheidung an gestattet, durch welche die Verweisung des Angeschuldigten zur Hauptverhandlung ausgesprochen worden ist.

Allein die Königl. Sächsische Strafproceßordnung ist der Vertheidigung noch günstiger. Es ist eine in den Ländern des öffentlich-mündlichen Verfahrens vielfach gemachte Erfahrung, daß der völlige Ausschluß der Vertheidigung bei der schriftlichen Voruntersuchung nachtheilig auf die spätere Erhebung des Entlastungsbeweises einwirkt. Der ursachliche Zusammenhang dieses Nachtheils mit jenem Ausschlusse ist leicht erkennbar. Die Vorbereitung der Hauptverhandlung muß, so wenig sie auch ihren vorbereitenden Charakter verläugnen darf, auf den Anschuldigungs-, wie auf den Entschuldigungs-Beweis Rücksicht nehmen. Diese Rücksicht wird bisweilen nicht gleichmäßig in Obacht genommen, zumal die Ansicht nicht selten vertreten wird, daß die Voruntersuchung und das Anklageerkenntniß vorzugsweise den Belastungsbeweis berücksichtigen müsse, während in der Hauptverhandlung selbst genügende Gelegenheit zur Vorführung des Entlastungbeweises geboten sei. Es wird hierdurch in die Voruntersuchung eine Einseitigkeit hineingetragen, welche weder mit dem Charakter einer gehörigen Vorbereitung der Hauptverhandlung, noch auch mit dem Charakter der letzteren vereinbar ist. Die Königlich Sächsische Strafproceßordnung ist in den allgemeinen Vorschriften der Art. 3. ff. einer solchen irrigen Auffassung der Voruntersuchung entgegengetreten. Sie hat aber zugleich, obschon in beschränkter Maße, die Vertheidigung bereits während der Voruntersuchung zugelassen. Diese Beschränkungen werden durch den Charakter der Voruntersuchung als einer vorläufigen, überdieß geheim und schriftlich geführten Vorbereitung der eigentlichen Untersuchung gerechtfertigt und sind, genau genommen, keine anderen, als welche der Vertheidigung im zeitherigen Verfahren, jedoch bis zum Schlusse der Untersuchung, auferlegt worden waren. Die Einsicht der Acten und die Unterredung mit dem verhafteten Angeschuldigten ist dem Vertheidiger in gleicher Maaße, wie es zeither der Fall gewesen, gestattet, während andere Gesetzgebungen beides, insbe-

sondere die Einsicht der Acten, bis zum Schlusse der Voruntersuchung und selbst bis zur Rechtskraft des Verweisungserkenntnisses unbedingt verbieten. Diese Beschränkungen erstrecken sich überdieß (nach unserer Strafproceßordnung) meistentheils nur bis zu dem Schlusse der Voruntersuchung und der Bekanntmachung (nicht der Rechtskraft) des Verweisungserkenntnisses. Der Vertheidigung ist hier die Möglichkeit gegeben, bereits gegen das Verweisungserkenntniß die Rechtsgründe geltend zu machen, welche zu Gunsten des Angeklagten und zur Beseitigung der Untersuchung selbst vorhanden sind.

Wir wollen nunmehr versuchen, einige Andeutungen über die zweckmäßige Art und Weise, wie der Vertheidiger im mündlichen Strafverfahren seine Aufgabe zu erfüllen habe, zu geben.[4]

Die Wahl der Beweismittel für die Hauptverhandlung ist hier zunächst ins Auge zu fassen. Sie ist von entscheidender Wichtigkeit. Es läßt sich behaupten, daß häufig von dieser Wahl der Ausgang der Untersuchung abhängt. Die Wahl wird von dem Plane bedingt, welchen die Anklage und die Vertheidigung bei der Hauptverhandlung zu nehmen gedenken. Sie ist daher ebenso einflußreich, wie gegenwärtig der Plan, welchen der Inquirent bei Führung der Untersuchung verfolgt.

In mehreren Gesetzgebungen ist die Wahl der Beweismittel ausschließlich der Staatsanwaltschaft übertragen und derselben nur zur Pflicht gemacht, bei dieser Wahl das Interesse des Entlastungsbeweises mit zu berücksichtigen. Der Angeklagte hat daher Anträge auf Vervollständigung der Beweismittel bei dem Staatsanwalte zu stellen. Hat sich nun gleich in jenen Ländern, wo diese Bestimmung gilt, die Praxis gebildet, daß der Staatsanwalt nicht leicht derartige Anträge zurückweist, um nicht den Vorwurf der Parteilichkeit auf sich zu laden, so hat doch auch hier unser Gesetz einen höheren Gesichtspunkt gewählt und nicht nur dem Gerichtsvorsitzenden die Verpflichtung auferlegt, die von dem Staatsanwalte übergebene Liste im Interesse des Entlastungsbe-

---

4) Die vortreffliche Abhandlung Mittermaiers im Magazin f. d. badische Rechtspflege Bd. I. S. 230 flg. 412 flg. (ein Auszug aus derselben befindet sich in Schletters Jahrb. d. deutschen Rechtsw. Bd. I. S. 262 flg.) bezieht sich hauptsächlich auf die Stellung des Vertheidigers bei Geschwornengerichten, enthält aber auch sehr schätzbare allgemeine Bemerkungen.

weises zu prüfen und nach Befinden zu vervollständigen[5], sondern auch dem Angeklagten das Befugniß eingeräumt, Anträge auf Vervollständigung bei dem Gerichtsvorsitzenden zu stellen.[6] Dem Antrage soll entsprochen werden, wenn dem Vorsitzenden die Gewährung für die bessere Aufklärung der Sache förderlich erscheint. Wird dem Antrage nicht entsprochen, so kann der Angeklagte noch die Vorladung 2c. verlangen, wenn er die Kosten derselben und die Kosten für die Entschädigung der Zeugen und Sachverständigen erlegt, oder soweit letztere anlangt, den Verzicht der Zeugen und Sachverständigen auf dieselbe sofort beibringt, vorausgesetzt, daß die Vorladung dieser Personen nicht mit einer ungerechtfertigten Verzögerung der Hauptverhandlung verbunden ist.

Der Vertheidiger kann bei diesen Anträgen eine einflußreiche Thätigkeit entwickeln. Es ist hier die Unterredung desselben mit dem Angeklagten (Art. 42. Abs. 2.) von Wichtigkeit. Dieselbe wird überhaupt häufig in ihrem Werthe nicht gehörig erkannt. Sie soll nicht nur den Vertheidiger mit dem Angeklagten näher bekannt machen und das gegenseitige Verständniß erleichtern, welches zu einer raschen und sachgemäßen Behandlung und Erledigung der Vorbereitung der Hauptverhandlung und somit dieser selbst wesentlich beiträgt, sondern auch den Vertheidiger in der Sammlung der Materialien für die Vertheidigung unterstützen. Ein paar allgemeine, stereotyp gewordene Fragen des Vertheidigers an seinen Clienten reichen freilich nicht hin. Der Verf. erinnert sich selbst an Fälle, bei denen der Vertheidiger erst bei der Hauptverhandlung erkannte, daß er bei der Vorbereitung wesentliche Umstände nicht gehörig gewürdigt habe und seine Vertheidigung daher in ihrer Anlage mangelhaft sei. Eine ihrem Zwecke entsprechende Unterredung setzt ein gründliches Studium der Acten voraus. Nur, wenn der Vertheidiger auf Grund derselben den Angeschuldigten über die einzelnen in Betracht kommenden Anschuldigungsthatsachen und über etwaige Vertheidigungsmomente selbst befragen kann, wird er im Stande sein, die Vertheidigung gehörig vorzubereiten. Bei der Wichtigkeit der Wahl der Beweismittel wird er insbesondere darauf Bedacht nehmen, mit dem Angeschuldigten sich nach der

5) Art. 260. Abs. 3.

6) Art. 261.

Zustellung der Beweismittelliste, jedoch vor Ablauf der in Art. 261. Abs. 1. bestimmten dreitägigen Frist zu besprechen. Es handelt sich hierbei um Erforschung der Thatsachen, welche auf die Glaubwürdigkeit der vom Staatsanwalte angegebenen Beweismittel Bezug haben, sowie um Vervollständigung der Beweismittelliste. Es ist insbesondere der erstere Punkt wichtig, obgleich er gegenwärtig nicht selten von den Vertheidigern vernachlässigt wird. So wenig das Verfahren der Vertheidiger gebilligt werden kann und darf, um jeden Preis und unter nichtigen Vorwänden die Glaubwürdigkeit der Zeugen anzufechten und Widersprüche in den Aussagen derselben, wo kein Verständiger solche findet, aufzusuchen, so ist andrerseits nicht zu verkennen, daß die Erforschung der Glaubwürdigkeit der Belastungszeugen eine Aufgabe für die Vertheidigung ist, welcher die letztere ihre besondere Aufmerksamkeit zuwenden muß.

Ebenso soll der Antrag auf Vervollständigung der Beweismittelliste ein Gegenstand der ernstlichsten und aufmerksamsten Erwägung sein. Der Vertheidiger wird zu berücksichtigen haben, daß die Hauptverhandlung es ist, auf deren Ergebnisse die Endentscheidung gestützt wird, und daher die Thatsachen, welche zur Entlastung oder milderen Beurtheilung seines Clienten gereichen können, besonders in's Auge fassen. Diese Thatsachen können theils selbstständige Beweismomente enthalten, theils als Widerlegung von Anführungen in der Anklage in Betracht kommen. Es kann sich der Fall leicht so gestalten, daß der Vertheidiger mehr auf die letzteren als auf die ersteren sein Augenmerk zu richten und sich vorzugsweise mit der directen Widerlegung des Schuldbeweises zu beschäftigen hat. Der Vertheidiger wird diese beiden Richtungen der Vertheidigung wohl zu berücksichtigen und hiernach die letztere selbst einzurichten haben. Er wird nicht leicht Thatsachen, welche zu Gunsten seines Schützlings sprechen, unbeachtet lassen, jedoch sich auch hierbei hüten, zuviel zu thun. Auch das Zuviel kann möglicherweise den Erfolg beeinträchtigen. Es ist insbesondre nicht gut gethan, Thatsachen noch bestreiten und den Beweis derselben anfechten zu wollen, über deren Gewißheit nach den vorliegenden Ergebnissen der zeitherigen Erörterungen ein Zweifel nicht mehr obwalten kann. Es würde ein solches Verfahren fast unwillkürlich den Verdacht erregen, daß der Vertheidiger andere Momente zu

Gunsten seines Schützlings vorzubringen außer Stande sei, und daher dem letzteren möglicherweise nachtheilig sein.

Der Vertheidiger wird bei seinen Anträgen vorzugsweise das Verweisungsurthel berücksichtigen. Er hat das letztere als die Unterlage für die Hauptverhandlung und für die Beweisaufnahme in der letzteren zu betrachten. Vorzügliche Aufmerksamkeit hat er in dem Falle anzuwenden, wenn die, dem Angeschuldigten beigemessene That möglicherweise eine verschiedene rechtliche Beurtheilung, je nachdem sie völlig oder nur theilweise bewiesen werden sollte, finden könnte. Wird angenommen, daß der Beweis nur theilweise gelungen sei, so wird bisweilen bezüglich der Annahme des geringeren Verbrechens immer noch eine Berücksichtigung bei dem Vertheidigunsbeweise möglich und nützlich sein. So z. B. bei der Anklage auf Mord oder Todtschlag die Annahme einer (beabsichtigten) schweren Körperverletzung mit (nicht beabsichtigtem) nachfolgendem Tode.

Insbesondere wird diese Berücksichtigung der Annahme eines geringeren Verbrechens in den Fällen zu empfehlen sein, wo die letztere auf die Annahme eines minder strafbaren Willens (z. B. Diebstahl und Selbsthilfe) oder der Fahrlässigkeit statt des dolus beruht. Es ist eine durch die Erfahrung in anderen Ländern bestätigte Thatsache, daß durch dergleichen Substitutionen geringerer Verbrechen der Vertheidigungsbeweis möglicherweise beeinträchtigt werden kann. Man möge nicht glauben, daß der für die Annahme des schwereren Verbrechens construirte Vertheidigungsbeweis unbedingt auch für die des geringeren Verbrechens ausreichend und passend sei. Dazu kommt, daß in dem Art. 298. dem Bezirksgerichte das Befugniß eingeräumt worden ist, auch in dem Falle sich der sofortigen Aburtheilung der Sache zu unterziehen, wenn in Folge neuer, in dem Verweisungserkenntnisse nicht angeführter Umstände die dem Angeklagten beigemessene strafbare That eine andere strafrechtliche Natur erhält, als in dem Verweisungserkenntnisse angenommen worden, und zwar selbst dann, wenn durch die neuermittelten Umstände das Verbrechen zu einem ausgezeichneten derselben Art erhoben oder die Anwendung eines höheren gesetzlichen Strafsatzes bei demselben bedingt wird. Durch diese Freigebung der richterlichen Entscheidung bezüglich der Nova kann möglicherweise ebenso der Anklagebeweis, als der Entlastungsbeweis gefährdet werden. Die Vertheidigung wird daher, soweit thunlich, bei der Vorberei-

tung ihrer Thätigkeit die Möglichkeit derartiger Abänderungen der ursprünglichen Anklage berücksichtigen.

Der Vertheidiger wird ferner bei der Angabe neuer Beweisthatsachen oder Beweismittel durch den Angeklagten in Betracht ziehen, ob etwa eine vorläufige Erhebung derselben zweckmäßig und ob daher bei dem Vorsitzenden, daß er von dem ihm in Art. 262. Abs. 3. Art. 269. eingeräumten Befugnisse Gebrauch mache, zu beantragen sei. Es leuchtet ein, daß bei einer solchen vorläufigen Erhebung die Sachlage sich in einer Weise gestalten kann, welche auf die Führung der Vertheidigung und überhaupt auf die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung von dem entscheidendsten Einflusse ist. Das Befugniß des Vorsitzenden ist übrigens nach Art. 269. Abs. 5. nicht auf neue Beweismittel beschränkt. Derselbe kann ebenfalls frühere Untersuchungshandlungen nochmals vornehmen lassen. Auch hierbei kann der Entlastungsbeweis wesentlich interessirt sein. Es könuen insbesondre Thatsachen vorgebracht und bescheinigt werden, aus denen hervorgeht, daß die frühere Vornahme der Handlung ein der Wahrheit nicht entsprechendes Ergebniß geliefert habe; z. B. Erklärungen eines Zeugen über die Unwahrheit der von ihm früher erstatteten Aussage, — Nachweis eines bei einer Localbesichtigung vorgekommenen Irrthums rc. Von Wichtigkeit ist hierbei die Bestimmung des Art. 269. Abs. 4., nach welcher der Vorsitzende berechtigt ist, eine anderweite Entscheidung über die Verweisung des Angeklagten zur Hauptverhandlung herbeizuführen, wenn er die Ergebnisse solcher nachträglichen Erörterungen in Bezug auf das Verweisungserkenntniß für so wichtig hält, daß eine weitere Entschließung darüber, ob es bei demselben sein Verbleiben haben könne, als nöthig erscheint. Es kann daher der Fall sich so gestalten, daß das Verweisungserkenntniß wieder aufgehoben und die Untersuchung gegen den Angeschuldigten eingestellt wird. Der Vertheidiger würde sonach mit dem Antrage auf Erörterung neuer Thatsachen rc. möglicherweise die Fortstellung der Untersuchung überhaupt abschneiden.

Der Inhalt des Protocolls, welches nach Art. 268. über die Vernehmung des Angeklagten aufgenommen und in Abschrift dem Vertheidiger zugefertigt werden soll, wird dem letzteren gleichfalls Materialien für die Vertheidigung gewähren.

Es kann hierbei nicht oft genug daran erinnert werden, daß

eine planlose, nur dem günstigen Zufalle vertrauende Vertheidigung bei dem mündlichen Verfahren die Stellung des Vertheidigers und die Bedeutung seines Berufs noch mehr herabwürdigt, als in dem schriftlichen Verfahren, wo die Vertheidigungsschrift vollständig nur zur Kenntniß des Referenten gelangt und diesem hierbei, wie überhaupt bei dem Vortrage des Acteninhalts, überlassen bleibt, ob und was er aus derselben dem Collegium mitzutheilen für angemessen befindet.

Die Führung der Vertheidigung in der mündlichen Verhandlung — auf welche wir nunmehr übergehen — beschränkt sich keineswegs auf die Schlußvorträge. Die letzteren können der Beweisaufnahme keine andere Richtung geben und auf die Resultate derselben nicht einwirken. Der Vertheidiger wird vielmehr der Beweisaufnahme selbst seine besondere und ununterbrochene Aufmerksamkeit zuwenden und darauf Bedacht nehmen, daß alle, zu Gunsten des Angeklagten sprechende Umstände vollständig erörtert und festgestellt werden. Er wird den formellen Gang der Verhandlung aufmerksam überwachen und etwaige Fehler, welche bezüglich wesentlicher Formen sich ereignen, ausdrücklich rügen. Der Vertheidiger wird dabei die Vorschrift des Art. 349. Schlußsatz im Auge behalten, nach welcher Formfehler, die während der Verhandlung nicht gerügt und durch eine Bemerkung zum Protocolle nicht constatirt worden sind, nicht zum Gegenstande einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Enderkenntniß gemacht werden können. Er wird daher nur da, wo er überzeugt ist, daß der Fehler weder einen Hauptbestandtheil des Verfahrens betrifft, noch ein anderes Ergebniß der Beweisaufnahme, als außerdem zu erwarten gewesen, herbeigeführt hat, von einer Rüge des Fehlers absehen,[7] das Gericht aber von der Rüge Veranlassung zur Prüfung seines Verfahrens und, nach Befinden, zur Verbesserung desselben nehmen. Es muß daran erinnert werden, daß, so wenig einerseits eine Ueberschätzung der Formen und ein starrer Formalismus gebilligt werden kann, andererseits die Vernachlässigung der Formen mit mannichfachen Nachtheilen verbunden ist. Die Beobachtung derselben sichert den ordnungsmäßigen Gang des Verfahrens, welches, insbesondere bei der Unmittelbar-

---

7) Ueber den Begriff der wesentlichen Formen vgl. Commentar zur Strafproceßordnung Bd. I. S. 163 flg. Bd. II. S. 22 flg.

keit, außerdem der Gefahr der Verflachung und Willkürlichkeit leicht ausgesetzt ist, — gewährt dem Angeklagten wie dem Publikum die Bürgschaft einer gerechten Handhabung der Proceßgesetze, — und erleichtert zugleich, was wohl zu beachten ist, die Herstellung der materiellen Wahrheit. Die Formen sind vorzugsweise bei der Beweisaufnahme wichtig, welche durch sie zugleich vor Einseitigkeiten des Gerichts bewahrt wird. Die Regellosigkeit, welche in die Praxis des schriftlichen Verfahrens sich eingeschlichen hat, ist nicht die geringste der gegen das letztere erhobenen Beschwerden, und es ist kein, der Würde der Rechtspflege entsprechendes Verfahren, jede Formverletzung unbedingt (wie man zu sagen pflegt) zuzudecken und für unerheblich zu erklären.

Der Vertheidigung gebührt das Recht, zur Wahrung der Interessen des Angeklagten Anträge bei Gericht zu stellen und Anträgen der Staatsanwaltschaft zu widersprechen. (Art. 278.) Die Wichtigkeit dieser Vorschrift liegt klar vor. Der richtige Gebrauch derselben sichert der Vertheidigung eine einflußreiche Einwirkung auf die Beweisaufnahme. Alle derartige Anträge und Widersprüche müssen jedoch von dem Bestreben, zur Ermittelung der Wahrheit beizutragen und ungerechtfertigte Eingriffe in die Rechte des Entlastungsbeweises abzuwenden, geleitet sein. Anträge, welche nur zur Verschleifung der Sache oder zur Verwirrung der Entscheidung führen können, sowie Widersprüche, welche einer grundsätzlichen Opposition gegen die Staatsanwaltschaft oder einer unerquicklichen Rechthaberei entspringen, werden der Vertheidigung und dem Ansehen derselben stets schaden. Der Vertheidiger soll Befugnisse des Angeklagten, selbst wo sie nur aus formellen Vorschriften fließen, nicht leicht aufgeben und bei dem contradictorischen Charakter der Hauptverhandlung Vortheile, welche ihm der Gang derselben gewährt, festhalten. Allein von einer solchen Wahrung der Interessen des Angeklagten ist jene systematische Opposition verschieden, welche jedem Antrage des Gegentheils widerspricht, eben weil er vom Gegentheile ausgeht.

Wir gehen nunmehr zu der Beweisaufnahme selbst über und betrachten zuvörderst die Thätigkeit des Vertheidigers bei Prüfung der Feststellung des Thatbestandes und hierbei insbesondere bei Prüfung derjenigen Feststellung, welche auf dem Gutachten Sachverständiger beruht. Es können formelle

Mängel in der Erhebung des Thatbestandes, sowie Lücken, Widersprüche und Unwahrscheinlichkeiten in dem Gutachten der Sachverständigen gerügt und dargelegt werden. In dieser Richtung kann der richtige Gebrauch des dem Angeklagten in Art. 41. Abs. 2. eingeräumten Befugnisses wichtige Materialien liefern. Dieses Befugniß besteht darin, daß der Angeklagte neben dem Vertheidiger und zur Unterstützung desselben die Zulassung eines und bei verschiedenartigen Gegenständen der Begutachtung für jeden derselben eines besonderen, von ihm (dem Angeklagten) gewählten Sachverständigen verlangen kann, dafern das Gericht hierin nicht einen Verschleif der Sache findet. Die Zuziehung erfolgt allerdings auf Kosten des Angeklagten, jedoch mit der wichtigen, in Art. 41. Abs. 3. bestimmten Modification. Der Vertheidiger wird ferner berücksichtigen, daß nach Art. 292. Abs. 3. schriftliche Gutachten, welche er sich etwa von anderen Sachverständigen ausstellen lassen und zur Verhandlung mitgebracht hat, nur mit Genehmigung des Staatsanwaltes vorgelesen werden dürfen. Es ist zu hoffen, daß die Vertheidiger auch von diesen Befugnissen einen angemessenen, ihrer Stellung und Aufgabe würdigen Gebrauch machen und nicht unnützer Weise die bereits vorhandenen Gutachten anfechten werden. In dem gegenwärtigen schriftlichen Verfahren begegnet man leider! in den Vertheidigungsschriften nicht selten einer Kritik der in der Untersuchung erhobenen, dem Angeschuldigten ungünstigen Gutachten, welche weder des Vertheidigers würdig, noch der Achtung, auf welche der Verfasser des Gutachtens gerechten Anspruch hat, entsprechend ist. Die Erfahrung in anderen Ländern hat gelehrt, daß die Oeffentlichkeit und auch die Mündlichkeit wohlthätig gewirkt haben und derartige Anfechtungen des Gutachtens in öffentlich-mündlichen Verhandlungen seltener vorkommen. Andererseits ist jedoch auch die Methode der Begutachtung durch den Charakter des mündlichen Verfahrens vortheilhaft berührt worden. Der Sachverständige wird in der Erwägung, daß sein Gutachten bei der öffentlich-mündlichen Verhandlung vorgelesen, er auch wohl selbst zur Befragung und weiteren Begründung bei derselben vorgeladen worden und genöthigt sein wird, Anfragen des Vertheidigers und des Staatsanwaltes, sowie des Vorsitzenden alsbald zu beantworten, eine Aufforderung zu der sorgfältigsten Prüfung und Beurtheilung finden. Es ist dies eine bekannte Erfahrung. Berück-

sichtigt man hierbei, daß in den meisten deutschen Ländern Geschwornengerichte bestehen und daher in den schwersten Fällen der Sachverständige seine Beobachtungen und sein Gutachten vor Geschwornen vorzutragen und zu erläutern verpflichtet ist, so leuchtet zugleich ein, daß hier dem Sachverständigen eine besonders schwierige Aufgabe gestellt ist, indem nicht angenommen werden kann, daß die meisten Geschwornen zu dem Verständnisse solcher Gutachten ebenso befähigt seien, als die rechtsgelehrten Richter, denen häufig derartige Gutachten vorliegen. Dessenungeachtet haben die Sachverständigen, wie die Erfahrung gelehrt hat, es verstanden, selbst in den schwierigsten Fällen ihre Beobachtungen und ihr Gutachten in einer allgemeinfaßlichen Klarheit und Gedrängtheit vorzutragen. Werden nun zwar bei uns rechtsgelehrte Richter allein über die Schuldfrage entscheiden, so ist doch der Wunsch gerechtfertigt, daß die Sachverständigen auch in unserm künftigen Verfahren eine gleiche Aufgabe sich stellen, und zu erwarten, daß die Sachverständigen in der Klarheit und mit derselben in der entscheidenden Wirkung auf die Ueberzeugung aller Betheiligten einen Vorzug ihrer Gutachten finden werden. Der Vertheidiger wird dagegen in der Beleuchtung des Gutachtens, insbesondere bei wissenschaftlich gebildeten oder öffentlich angestellten Sachverständigen, niemals die Rücksichten vergessen, welche man der Wissenschaft, bez. der öffentlichen Stellung des Sachverständigen und überhaupt der getreuen Erfüllung übernommener Verpflichtungen schuldig ist.

Bei der Prüfung des Gutachtens des Sachverständigen wird der Vertheidiger auch darauf sein Augenmerk richten, daß der historische Theil und überhaupt die factischen Unterlagen desselben nur auf Umständen beruhen, welche in den Acten durch das Gericht festgestellt worden sind. Man begegnet nicht selten in den Gutachten thatsächlichen Anführungen, welche lediglich auf außergerichtliche Mittheilungen des Angeschuldigten oder dritter Personen sich stützen. Der Sachverständige ist jedoch keine richterliche Person und die Mittheilungen an denselben entbehren jeder formellen Beglaubigung, können daher als actengemäße nicht behandelt werden. Ohnedem hat die Erfahrung gelehrt, daß solche außergerichtliche Mittheilungen, eben weil sie außergerichtlich erfolgten, nicht immer mit der gehörigen Ueberlegung gemacht werden und daß sie bei der sodann erfolgenden gericht-

lichen Feststellung zurückgenommen oder wesentlich beschränkt werden.

Die Frage über die Zurechnungsfähigkeit ist diejenige, welche in der hier fraglichen Richtung die besondere Beachtung des Vertheidigers verdient. So bedeutende Fortschritte die Lehre von den Seelenstörungen, gerade in der neuesten Zeit, gemacht hat, so hat sich doch auch eine gewisse Vorliebe zu Annahme von Seelenstörungen gezeigt und es ist nicht selten der Beweis von Seelenstörungen in Thatsachen gefunden worden, welche eine gereifte Erfahrung und bewährte Kenntniß des Lebens in viel einfacherer Weise zu erklären verstand. Die Vertheidigung wird wohl auf solche Ansichten hinweisen können; sie würde aber ihre Stellung verkennen, wenn sie jede Hypothese, die irgend einmal ein geistreicher Seelenarzt aufgestellt und vertreten hat, adoptiren und die Anerkennung derselben als einer untrüglichen Erfahrung beanspruchen wollte.

Bei der Beweisaufnahme erfordert ferner das Verhör des Angeschuldigten die besondere Aufmerksamkeit des Vertheidigers. Es versteht sich von selbst, daß jede Einwirkung desselben auf den Angeschuldigten, um ihn von Geständnissen oder anderen ihn belastenden Aussagen abzuhalten, unstatthaft ist und eine Pflichtverletzung enthält. Im Gegentheile kommt es im öffentlich-mündlichen Verfahren bekanntlich häufig vor, daß der Vertheidiger, welcher von der Schuld seines Clienten überzeugt ist, ihn zu einem Geständnisse auffordert, namentlich in den Fällen, in welchen nach der Sachlage anzunehmen ist, daß mit dem Geständnisse Aufklärungen über die That und die sie begleitenden Umstände verbunden sein werden, welche einen mildernden Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung der Schuld und auf die Abmessung der Strafe äußern können. Dagegen wird der Vertheidiger dafür besorgt sein, daß die Vernehmung auf Umstände dieser Art gerichtet werde und der Angeklagte daher Gelegenheit erhalte, selbst die den Entlastungsbeweis bildenden Thatsachen anzuführen. Dies wird er insbesondere dadurch bewirken, daß er, wie ihm nach Art. 287. Abs. 1. freisteht, den Vorsitzenden bittet, über anzugebende Punkte den Angeklagten zu vernehmen. Es kommt bekanntlich bisweilen vor, daß Angeklagte ihnen günstige Umstände blos deshalb verschweigen, weil sie aus einem Rechtsirrthume dieselben für unerheblich halten. Der Vertheidiger wird

bei den Besprechungen mit dem Angeklagten und aus den Aussagen desselben bei dem Verhöre das Material zu solchen Fragen schöpfen. In den Fällen, wo mehrere Angeklagte vor dem Gerichte stehen, wird der Vertheidiger nach Lage der Sache darauf Bedacht nehmen, daß Beschuldigungen, welche zur eignen Rettung oder milderen Beurtheilung von einem der Angeklagten wider den andern Angeklagten häufig wider die Wahrheit erhoben werden, durch Gegenverhör derselben in das rechte Licht gesetzt werden. Oft sind jedoch derartige Beschuldigungen auch von der Art, daß sie weder auf den Schuldbeweis überhaupt, noch auf die Abwägung der Verschuldung bei der Strafabmessung irgend einen Einfluß äußern können. Der Vertheidiger wird in solchen Fällen angemessen verfahren, wenn er bei dem Widerspruche seines Clienten gegen derartige Beschuldigungen sich beruhigt und auf eine weitere Erörterung derselben nicht anträgt.

Bei der weiteren Beweisaufnahme kann die Reihenfolge wichtig werden, in welcher die einzelnen Theile derselben vorgenommen und bei der Anschuldigung mehrerer Verbrechen die einzelnen Verbrechen verhandelt werden sollen. Es wird angemessen sein, daß der Vertheidiger etwaige, hierauf bezügliche Anträge, welche er im Interesse seines Clienten zu stellen gemeint ist, bei dem Vorsitzenden, welchem die Festsetzung der Reihenfolge in Art. 277. Abs. 1. zugewiesen worden, vor Eröffnung der Verhandlung anbringe. Daß übrigens diese Reihenfolge von Einfluß auf die Beweisaufnahme selbst und deren Ergebnisse sein kann, ist eine Thatsache, welche die Erfahrung nicht blos im mündlichen, sondern bezüglich der Reihenfolge der einzelnen Erörterungen und Erhebungen auch die Erfahrung im schriftlichen Strafprocesse längst bestätigt hat.

Hiermit in Verbindung steht das Recht, auf Vertagung der Verhandlung anzutragen. Die Vorschriften der Art. **271. 314.** sind hier von Wichtigkeit. Sie gewähren dem Angeklagten die Möglichkeit, aus erheblichen Gründen, insbesondere wegen des Außenbleibens einflußreicher Zeugen, die Vertagung sowohl der anberaumten aber noch nicht eröffneten, als der bereits eröffneten Verhandlung zu beantragen. Wenn ein vorgeladener Zeuge sein Außenbleiben noch vor der Eröffnung der Hauptverhandlung entschuldigt, so hat hiervon der Vorsitzende den Staatsanwalt und den Angeklagten, wie aus der Vorschrift des Art. 271.

Abs. 2. sich ergibt, in Kenntniß zu setzen und beide mit ihren dießfallsigen Anträgen zu hören. Bleibt bei der Hauptverhandlung selbst ein vorgeladener Zeuge außen, ohne vorher sein Außenbleiben entschuldigt zu haben, so wird sich solches bei dem in Art. 276. vorgeschriebenen Aufrufe der Zeugen, welcher vorzugsweise zur Constatirung der Anwesenheit derselben dient, ergeben. Hiermit in Verbindung steht die Bestimmung des Art. 314., nach welcher Vertagungsanträge, wenn sich der Vertagungsgrund nicht erst später herausgestellt haben sollte, spätestens bis zu der Vorlesung des Verweisungserkenntnisses anzubringen sind.

Soviel nun das Zeugenverhör selbst anlangt, so wird dasselbe in der Regel derjenige Theil der Beweisaufnahme sein, welcher die meiste Aufmerksamkeit des Vertheidigers erfordert. Der Vertheidiger wird bestrebt sein, von dem Rechte, durch den Vorsitzenden Fragen dem Zeugen vorzulegen, den richtigen Gebrauch zu machen. Er wird dieses Recht dazu benutzen, durch Befragung über persönliche Verhältnisse und Beziehungen des Zeugen die Glaubwürdigkeit desselben zu erörtern, Widersprüche und Unwahrscheinlichkeiten in den Aussagen des Zeugen zu klarer Anschauung zu bringen und Momente, welche zu Gunsten des Angeschuldigten sprechen, näher festzustellen.

Im Allgemeinen ist zu bemerken, daß der verständige Vertheidiger bei Ausübung dieses Rechts nichts versäumen wird, was im Interesse seines Clienten liegt. Eben deshalb wird er aber auch sich nicht durch Leidenschaftlichkeit oder die Absicht, den Zeugen zu verwirren, verleiten lassen, Fragen an denselben zu stellen, welche der Vorsitzende, bei aller Schonung des Rechts der Vertheidigung, aus Rücksicht auf die Würde des Gerichts, oder den Ernst einer öffentlichen Verhandlung, oder den Schutz, welchen der Zeuge von dem Gerichte erwarten kann, zurückzuweisen verpflichtet sein würde. Es ist mit diesem Rechte der Vertheidigung von Letzterer in Frankreich häufig Mißbrauch getrieben und insbesondere, bei der Berechtigung derselben zu unmittelbarer Fragstellung, dazu benutzt worden, den Zeugen zu verwirren und durch captiöse Fragen zu Widersprüchen 2c. zu verleiten, welche sodann zur Anfechtung seiner Glaubwürdigkeit gebraucht wurden. In Deutschland sind gleiche Mißbräuche nicht beobachtet worden.

Das Gesetz hat die Befragung der Zeugen und Sachverständigen dem Vorsitzenden übertragen. Der Vertheidiger kann ebenso wie der Staatsanwalt, dem ein ausgedehnteres Befugniß als dem Vertheidiger nicht eingeräumt ist, von dem Fragerechte nur nach dem Schlusse der von dem Vorsitzenden vorgenommenen Befragung des einzelnen Zeugen zur Ergänzung und Berichtigung der Aussagen Gebrauch machen. Keineswegs ist der Vertheidiger befugt, die Befragung Seiten des Vorsitzenden zu unterbrechen und die sofortige Stellung von Fragen an den Zeugen zu verlangen. Der Vorsitzende soll nach Art. 284. Abs. 5. an den Angeklagten die Frage richten, ob er auf dasjenige, was so eben von dem Zeugen ausgesagt worden, etwas zu erklären habe. Es wird dies jedenfalls der passende Zeitpunkt zur Stellung derartiger nachträglicher Fragen an den Zeugen sein. Auch wird in der Regel in den Ländern des mündlichen Verfahrens von dem Vorsitzenden nach Beendigung der Abhörung des Zeugen ausdrücklich an den Vertheidiger und den Staatsanwalt die Frage gerichtet, ob er noch eine Frage an den Zeugen zu stellen wünsche. Erst nach Erledigung dieser Nachtrags-Fragen wird der Vorsitzende die in Art. 284. Abs. 5. vorgeschriebene Schlußfrage an den Zeugen, ob er nämlich noch etwas seiner Aussage zuzufügen habe oder ob er bei ihr allenthalben stehen bleibe, richten.

Die Nachtrags-Fragen an den Zeugen werden entweder seine persönliche Glaubwürdigkeit überhaupt oder seine Aussage selbst betreffen. Insbesondere bei Fragen der ersteren Art können leicht Erörterungen hervorgerufen werden, welche für den Zeugen — namentlich bei der Oeffentlichkeit der Verhandlung — sehr unangenehm und empfindlich sein können. Allein auch hier wird der Vorsitzende, dafern die Fragen mit Mäßigung und Schonung gestellt werden, so wie nicht als ungehörig oder chikanös erscheinen, möglichste Freiheit gewähren müssen, zumal hierbei wohl auch wichtige Umstände berührt werden, welche, weil außerhalb der zeitherigen Entwickelungen, dem Gerichte noch nicht bekannt gewesen. Bei Fragen, welche den Inhalt der Aussage selbst betreffen, wird in der Regel ein Bedenken gegen die Zulassung der Frage nicht entstehen. Der Vertheidiger wird sich jedoch hüten, unnützer Weise die Fragen in einer Art zu stellen, welche für den Zeugen verletzend ist. Ruhe und Mäßigung wird auch

hier viel bessere Erfolge erzielen, als Leidenschaftlichkeit und Uebereilung. Der Vertheidiger wird andererseits nicht behindert sein, jeden Widerspruch, jede Lücke und jede Unwahrscheinlichkeit in der Aussage des Zeugen zu rügen und diese Mängel der Aussage durch Befragung des Zeugen gehörig festzustellen. Zu bemerken ist dabei, daß die bloße Rüge eines solchen Mangels ohne gleichzeitige Stellung einer hierauf bezüglichen Nachtrags-Frage erfolglos, und mithin unnütz sein würde. Ohnedem wird die letztere sich leicht fassen können, z. B. wie der Zeuge den oder jenen Umstand als wahr oder nicht wahr angeben könne, da er doch diese oder jene Thatsache angegeben und beide Angaben aus dem oder jenem Grunde nicht mit einander zu vereinigen seien.

Die Materialien zu derartigen Fragen werden nicht blos die Voracten und die Aussagen des Zeugen selbst, sondern auch Erkundigungen gewähren, welche der Vertheidiger behufs seiner Information bei dem Angeklagten, sowie selbst außergerichtlich bei dritten Personen eingezogen hat. Solche Erkundigungen können z. B. bei Aussagen von Zeugen wichtig werden, welche auf gewisse Localitäten, auf räumliche Entfernungen, Gewohnheiten der Leute in gewissen Ortschaften und Gegenden rc. Bezug haben. Der Verf. erinnert sich mehrerer Fälle, in denen der Vertheidiger, gestützt auf derartige Erkundigungen, Fragen an die Zeugen richtete, deren Beantwortung zu einer klareren Anschauung und einem richtigeren Verständnisse der bezeugten Thatsache wesentlich beitrug. Es bedarf hier nur z. B. der Verweisung auf Fälle, wo die Kenntniß der Localitäten nothwendig ist, um zu ermessen, ob es wahrscheinlich sei, daß der Zeuge aus der Entfernung Worte dritter Personen verstanden oder die Personen der Sprechenden an der Stimme erkannt habe. Es reicht hier zur Beurtheilung der Wahrscheinlichkeit nicht die Constatirung der räumlichen Entfernung allein hin, sondern es ist hierzu auch die Kenntniß der Lage der Oertlichkeiten und des mitten inneliegenden Terrains, der damaligen Witterung rc. nothwendig. Wie oft werden ferner einzelne Worte und Ausdrücke in den verschiednen Gegenden eines Landes verschieden gebraucht und angewendet.

Der Vertheidiger wird zu derartigen Fragen auch die Aussagen der übrigen, bereits abgehörten Zeugen benutzen. Er wird

insbesondere Widersprüche in den Aussagen derselben feststellen.

Im Allgemeinen wird er den Grund der Wissenschaft des Zeugen zu erforschen suchen. Es ist eine Erfahrung, daß manche Zeugen, auch bei sorgfältiger Befragung, geneigt sind, das, was sie selbst wahrgenommen haben, mit demjenigen, was sie über den fraglichen Vorgang von anderen Personen erfahren haben, zu vermischen und nun beide Theile ihres Wissens als ein Ganzes zu verschmelzen. Ebenso zeigt die Erfahrung, daß einzelne Zeugen, sobald sie Kenntniß von den Aussagen anderer Personen über denselben Vorgang erhalten, unwillkürlich und gleichsam bestochen durch die persönliche Glaubwürdigkeit der letzteren oder die Sicherheit derselben in ihren Behauptungen, ihre eignen Aussagen mit den Aussagen dieser Personen in Uebereinstimmung bringen. Man weiß, wie schwierig auch in dieser Beziehung die richtige Leitung einer Confrontation ist und wie die Ergebnisse derselben nicht immer die Erkenntniß der Wahrheit zu befördern vermögen. Die Erfahrung lehrt ferner, daß Zeugen, welche eine Thatsache mit Bestimmtheit zu behaupten nicht im Stande sind, dies doch thun, sobald sie erfahren, daß auch andere Personen diese Thatsache bestätigt haben. Auch die Erfahrung ist wichtig, daß Zeugen einzelne Thatsachen für von ihnen wahrgenommene ausgeben, wenn der Sachverständige, welcher auf die Existenz dieser Thatsachen aus anderen Beobachtungen schließt, die Zeugen hierüber, unter Vorhalt der hierfür sprechenden Gründe, befragen läßt. Die eidliche Bestärkung der Zeugenaussagen ist kein ausreichender Schutz gegen derartige Entstellungen der Wahrheit, weil der Zeuge, wie bemerkt, fast unbewußt und jedenfalls nicht in böser Meinung, seine Aussagen in dieser Weise modificirt.

Soviel nun die Vereidung der Zeugen und Sachverständigen anlangt, so soll vor derselben der Vorsitzende den Vertheidiger fragen, ob er etwa Einwendungen gegen dieselbe vorzubringen habe. (Art. 283. Abs. 1.) Es ist diese Befragung um so wichtiger, als auf Einwendungen gegen die Eidesfähigkeit eines Zeugen nur dann eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß gestützt werden kann, wenn dieselben bereits vor der Vereidung angebracht, vom Gerichte aber als unerheblich zurückgewiesen worden waren. (Art. 283. Abs. 3.) Die Gründe der Unfähigkeit eines Zeugen zum Eide sind in Art. 225. angegeben

und nur gering an der Zahl. Es hat diese Befragung auch noch einen anderen Vortheil. Es kann aus Gründen, welche in der Person oder in der Aussage des Zeugen liegen, bedenklich sein, ihn zur eidlichen Bestärkung zu lassen. Allerdings beziehen sich diese Bedenken nur auf die Beweisfrage selbst. Es wird der Vertheidiger nicht behindert sein, im Schlußvortrage sowohl als im Wege der Berufung gegen das Erkenntniß selbst die Glaubwürdigkeit des Zeugen anzufechten und auszuführen, daß auf die Aussage desselben die Entscheidung nicht gestützt werden könne. Allein dessenungeachtet kann es angemessen sein, schon vor der Vereidung die Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen geltend zu machen, um dadurch das Gericht zu bestimmen, daß es von der Vereidung absehe. Andererseits kann es im Interesse der Vertheidigung liegen, daß ein Zeuge vereidet werde, um auf diese Weise ihn zur Aussage der *vollen* Wahrheit zu nöthigen.

Die Eidesleistung kann der Erstattung der Aussage vorausgehen und nachfolgen. Bei der ersteren wird der Vertheidiger seine Einwendungen vorzugsweise aus den Voracten entnehmen. Er wird den Antrag stellen können, daß die Vereidung noch ausgesetzt und über dieselbe erst *nach* Erstattung der Aussage anderweite Entschließung gefaßt werde. Geht die Vereidung der Aussage voraus, so kann es, nach Befinden, bei den Schlußbemerkungen des Vertheidigers vor dem Schlusse der Abhörung angemessen sein, auf die Bestimmung in Art. 224. Abs. 2. des Strafgesetzbuchs aufmerksam zu machen.

Auch die Bestimmungen des Art. 291. *über den Verzicht auf Beweismittel* berühren wesentlich das Interesse der Vertheidigung. Der Vertheidiger wird nicht auf Beweismittel verzichten dürfen, deren Erhebung mit Sicherheit ein dem Angeklagten günstiges Ergebniß erwarten läßt. Andererseits wird er nicht unnützer Weise und bloßer Möglichkeiten wegen, oder aus einem starren Festhalten an eingeräumten Rechten, dem Schlusse der Beweisaufnahme widersprechen. Die Zustimmung zu dem Schlusse der Beweisaufnahme ist im Art. 291. Abs. 3. für überflüssig erklärt worden, wenn in der Hauptverhandlung ein umfassendes und unbedingtes Geständniß des Angeklagten erfolgt ist. Der Vertheidiger wird über die richtige Handhabung dieser Vorschrift wachen. Eine Verletzung derselben würde die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich ziehen, da sie offenbar eine wesentliche

Beschränkung der Rechte ebensowohl der Anklage als der Vertheidigung sein würde. Die Anwendung der Vorschrift setzt voraus, daß in der Hauptverhandlung ein umfassendes und unbedingtes Geständniß des Angeklagten erfolgt sei. Ein, in der Voruntersuchung abgelegtes Geständniß reicht daher selbst dann nicht hin, wenn der Angeschuldigte zwar zugibt, dasselbe in der Voruntersuchung abgelegt zu haben, nicht aber dasselbe in der Hauptverhandlung wiederholt. Es folgt diese Bestimmung aus dem Charakter der Voruntersuchung und dem der Hauptverhandlung. Nicht die Ergebnisse der ersteren, sondern nur die der letzteren sind es, auf welche die Entscheidung über Verurtheilung oder Freisprechung des Angeschuldigten gestützt werden kann. Das Bekenntniß desselben, daß er in der Voruntersuchung die ihm beigemessene That eingeräumt, dieses Geständniß aber der Wahrheit zuwider abgelegt habe, kann schlechterdings nicht nach den zeitherigen, in dem bekannten Mandate vom Jahre 1810 anerkannten Grundsätzen über den Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses beurtheilt werden. Eine solche Auffassung würde mit dem Charakter und der Bedeutung der Hauptverhandlung unvereinbar sein. Es wird ein solches Bekenntniß als ein Verdachtsgrund benutzt, nicht aber auf dasselbe allein die Verurtheilung gestützt werden können, wie es auch nicht zur Anwendung der Vorschrift des Art. 291. Abs. 3. hinreicht. Das Geständniß soll ferner ein umfassendes und unbedingtes sein. Ein sogenanntes qualificirtes Geständniß reicht also nicht hin. Am wenigsten würde es bei den bekannten Grundsätzen über die Beweislast im Strafprocesse zulässig sein, Geständnisse, welche mit Einwendungen verknüpft sind, als unbedingte deshalb zu behandeln, weil dem Angeschuldigten der Beweis dieser Einwendungen obgelegen, derselbe aber von ihm nicht erbracht worden sei. Ebenso wird ein umfassendes Geständniß vorausgesetzt, d. h. ein Geständniß, welches sich auf alle, für die Urtheilsfällung erheblichen Umstände erstreckt. Zu diesen Umständen gehören auch diejenigen, welche auf die Abmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes von Einflusse sind.

So wenig es übrigens gebilligt werden kann, wenn ein Vertheidiger aus unzureichenden Gründen die Glaubwürdigkeit eines Geständnisses anficht, so ist doch andererseits es die Pflicht

des Vertheidigers in Fällen, wo bestimmte und festgestellte Thatsachen mit Sicherheit darauf schließen lassen, daß der Angeschuldigte das Geständniß der Wahrheit zuwider abgelegt habe, auf diese Thatsachen mit Entschiedenheit hinzuweisen. Auch die Glaubwürdigkeit des Geständnisses, wie jeder anderen Aussage, hängt von der Voraussetzung ab, daß der Gestehende die Wahrheit sagen konnte und wollte. Wird es auch seltener vorkommen, daß Jemand wider besseres Wissen sich eines Verbrechens schuldig bekennen sollte, so kann es sich doch wohl ereignen, daß der Gestehende Thatsachen als wahr einräumt, zu deren Wahrnehmung er entweder in der damaligen Zeit nicht oder überhaupt nicht genügend befähigt war. Insbesondere bezieht sich diese Bemerkung auf Geständnisse bezüglich der den Thatbestand des Verbrechens bildenden Thatsachen und thatsächlichen Erfolge. Wie hier oft nur technische Bildung im Stande ist, die Bedeutung und den ursachlichen Zusammenhang der einzelnen Thatsachen oder auch sogar diese selbst gehörig zu erkennen und festzustellen, so wird die Beobachtung des Urhebers einer strafbaren Handlung leicht durch die Aufregung, in welche er durch die Vornahme derselben versetzt wird, gestört und getrübt. Auch hier laufen manchmal Irrthümer unter, zum Theil veranlaßt durch dasjenige, was der Urheber nachträglich über die von anderen Personen gemachten Wahrnehmungen in Erfahrung bringt.

Was nun die Schlußvorträge der Vertheidigung (Art. 296.) anlangt, so wird ein gewandter und umsichtiger Vertheidiger in ihnen eine geeignete Gelegenheit zu einer gründlichen und sachgemäßen Schutzrede für seinen Clienten finden. Die Gewalt des lebendigen Wortes und die Unmittelbarkeit des Vortrags an die erkennenden Richter, welche zugleich die vollständige Kenntnißnahme der Vertheidigung Seiten aller Richter in sich schließt, gewähren der mündlichen Vertheidigung einen Einfluß und eine Bedeutung, welche die schriftliche Vertheidigung niemals erreichen kann.

Es ist hier zunächst der Irrthum zu beseitigen, als ob der Vertheidiger nur mit einer sogen. schönen Rede auf Erfolg rechnen könne. Die sogen. Schönrednerei wird den verständigen Hörer nicht täuschen. Haben doch die Erfahrungen bezüglich der Geschwornengerichte in England und in Deutschland bewiesen, daß selbst die Geschwornen durch derartige Reden sich nicht

in ihrer Ueberzeugung irre machen lassen und den wahren Gehalt der Vertheidigung zu erkennen wohl vermögen. Es ist auch dem Verf. wiederholt von Geschwornen versichert worden, daß sie auf solche Phrasen keinen Werth legten, ja durch sie vielmehr zu der Ansicht bestimmt würden, wie es der Vertheidigung an anderen Mitteln zur Lösung ihrer Aufgabe gebreche. Diese Erfahrung wird in den beziehendlich amtlichen Berichten über die Erfahrungen mit den Geschwornengerichten bestätigt und ist an sich ganz natürlich. Noch viel weniger ist es von rechtsgelehrten Richtern zu erwarten, daß sie durch eine sogen. schöne Rede in ihrer Ueberzeugung wankend gemacht werden könnten oder einer solchen Rede wenigstens ihre Anerkennung schenken würden.

Vor allen Dingen muß der Vertheidiger seines Stoffs völlig Herr und über das, was er sagen will, sich völlig klar sein. Die Herrschaft über den Stoff und die Klarheit in der Beurtheilung und Bearbeitung desselben sind auch bei der mündlichen Vertheidigung die ersten Erfordernisse. Verbindet der Redner mit ihnen die nöthige Ruhe, d. h. läßt er sich nicht durch die bloße Furcht, daß er die klar gedachten und geordneten Sätze nicht klar vortragen werde, einschüchtern, so wird seine Vertheidigung, auch wenn sie alles rhetorischen Schmucks entbehrt, gewiß gerechten Beifall finden. Der Verf. kann nicht oft genug vor der so eben gedachten Furcht warnen, welcher nicht selten eine vorzügliche Arbeit zum Opfer fällt. Er erinnert an den alten, bewährten Satz: verbaque praevisam rem non invita sequuntur. Die Klarheit der Gedanken wird von selbst die ersten Schwierigkeiten im Ausdrucke beseitigen, das Gefühl der Sicherheit aber, welches durch die Klarheit des Gedankens dem Redner verliehen wird, auch in der Rede selbst sich äußern und des Eindrucks auf die Zuhörer nicht verfehlen. Nur versuche der Redner nicht, die klaren Gedanken in sogen. schönen Reden oder in kühn gebauten Sätzen auszudrücken. Er nehme sich vor, einfache Ausdrücke und einfache Satzbildungen zu wählen. Einfache Ausdrücke und einfache Sätze sind oft viel verständlicher, als langathmige Satzbildungen mit künstlichen Bildern, und gewähren dem Redner wie dem Zuhörer viel leichter einen Ruhe- und einen Stützpunkt, von dem beide mit Sicherheit zu den weiteren Sätzen übergehen können. Der Gebrauch von Bildern rc. verlangt einen gewandten und die Bildung längerer Sätze einen bereits geübten Redner.

Die Grundregel jedes mündlichen Vortrags, die Thatsachen oder Gründe so darzustellen, daß sie diejenigen, an welche der Vortrag gerichtet ist, von der Wahrheit überzeugen und das, was der Vortragende erreichen will, begründen, gilt auch für die mündliche Vertheidigung[8]. Der Vertheidiger wird nach dieser Regel Inhalt und Form des Vortrags bestimmen.

Es läßt sich nicht annehmen, daß die Regeln über Ausarbeitung einer Vertheidigungsschrift so unbedingt auf den mündlichen Vortrag Anwendung leiden. Denn die erstere wird von dem Richter in der geräuschlosen Stille seines Arbeitszimmers gelesen und geprüft. Die Schrift gewährt zugleich dem Richter die Möglichkeit, das Studium der Vertheidigung jederzeit abzubrechen und wieder aufzunehmen. Die mündliche Vertheidigung ist einer der letzten Theile einer vielleicht langen und ermüdenden Gerichtsverhandlung. Sie wird ununterbrochen vorgetragen und soll die Aufmerksamkeit der Richter fortdauernd fesseln.

Die mündliche Vertheidigung verlangt daher Ordnung und Deutlichkeit der Darstellung in noch höherem Grade als die schriftliche Vertheidigung. Die Ordnung und Deutlichkeit der Darstellung sind die sichersten Mittel, die Aufmerksamkeit der Hörer zu fesseln. Die eigenthümliche Natur der mündlichen Vertheidigung erfordert ferner, daß der Redner sich einer angemessenen Kürze befleißige. Unnütze Weitschweifigkeit überzeugt nicht, sondern ermüdet und mattet die Aufmerksamkeit überhaupt ab. Dagegen wird der geschickte Vertheidiger es selbst, gleichsam instinktmäßig, fühlen, wo er bei dem von ihm vorgebrachten Grunde zu verweilen und ihn nochmals in vielleicht klarerer Maaße darzustellen habe. Er wird selbst fühlen, daß er den Satz, in welchem er diesen Grund entwickelte, nicht mit der gehörigen Schärfe gefaßt und den Grund nicht völlig klar gemacht habe und daß seine Zuhörer ihn nicht völlig durchdrungen haben. Das eigne Gefühl ist hierbei ein sehr guter Richter und Wegweiser. Es ist als eine Eigenthümlichkeit des mündlichen Vortrags in Obacht zu nehmen, daß manches Wort von den Zuhörern vielleicht nicht gehörig verstanden und aufgefaßt und daß das Verständniß leicht dadurch gestört und erschwert wird, daß dem Zuhörer kein Ruhepunkt zur Würdigung und Prüfung einer

8) Mittermaier d. L. v. d. Vertheidigung §. 77.

Ansicht geboten ist, bevor der Redner in seinem Vortrage fortfährt. Eine Kürze der Darstellung, welche diese Eigenthümlichkeit nicht beachtet, wird leicht Unverständlichkeiten erzeugen und bei einem Zusammenhange einzelner Deductionen über alle dieselben Dunkelheit verbreiten. Es gilt dann der Satz: Brevis esse laboro, obscurus fio.

Als ein Mittel, den Zuhörern die Uebersichtlichkeit zu verschaffen und ihnen gleichsam Haltepunkte zur Sammlung zu sichern, dient die Art und Weise, wie die einzelnen Theile des Vortrags unter einander geschieden und verbunden werden. In der schriftlichen Vertheidigung können sie durch Nummern oder ähnliche Zeichen leicht gesondert werden. In dem mündlichen Vortrage sind es die sogen. Uebergangs-Wörter und Sätze, welche diese Absonderung vermitteln und zugleich die einzelnen Abschnitte mit einander verbinden. Es ist der Gebrauch derartiger Wörter und Sätze wichtiger, als es vielleicht den Anschein hat und der richtige Gebrauch derselben, namentlich bei längeren Vorträgen, geeignet, der Ermattung der Zuhörer vorzubeugen und die einzelnen Theile der Beweisführung scharf hervorzuheben.

Die mündliche Vertheidigung hat ferner in das Auge zu fassen, daß sie an rechtsgelehrte Richter gerichtet ist und über einen Gegenstand richterlicher Entscheidung sich verbreitet. Bei aller Anerkennung der Wärme, welche in einem Vortrage als das Kennzeichen der Ueberzeugung des Redners von der Richtigkeit seiner Ansichten sich äußern und gewiß einen wohlthuenden Eindruck auf die Zuhörer machen wird, hat der Redner zu berücksichtigen, daß sein Vortrag an Männer gerichtet ist, welche dergleichen Vorträge zu hören gewöhnt und daher den Schein von der Wahrheit zu sondern geübt sind. Die Vorschrift der römischen Rhetoren, welche darauf berechnet war, die Leidenschaften der Richter in Bewegung zu setzen,[9] paßt nur für Volksgerichte. Der Vortragende wird ferner, da rechtsgelehrte Richter zu Gericht sitzen, auf das Verständniß von Rechtsausführungen rechnen können, ohne genöthigt zu sein, die ersten juristischen Regeln in den Kreis seines Vortrags zu ziehen. Er wird insbesondere sich hüten, in jenen unangehmen belehrenden Ton zu verfallen, welcher für den

9) Agitare judicis animum spe, admonitione, precibus, vanitate denique, si id profuturum credimus.

Lehrer in der Schulstube, nicht aber für den Rechtsgelehrten vor Rechtsgelehrten paßt.

Die Vertheidigung soll allenthalben der Würde der Handlung und der Stellung der Vertheidigung entsprechen. Diese Uebereinstimmung wird sich auch in der Wahl der Ausdrücke zeigen. Es ist die Vertheidigung weder eine bloße freundschaftliche Unterhaltung, noch eine gelehrte Abhandlung. Sie soll weder in Ausdrücken, die lediglich der täglichen Verkehrssprache, noch in Ausdrücken, die lediglich der Wissenschaft angehören, sich bewegen. Diese Uebereinstimmung wird ferner in dem Tone, ja selbst in der äußeren Haltung des Vortragenden sich zeigen. Affectation, theatralisches Auftreten und Maßlosigkeit in dem Gebrauche der Stimmmittel sind ebenso zu mißbilligen, als jede Nachlässigkeit, Bequemlichkeit und Gleichgiltigkeit über den Erfolg, welche in der Haltung und in dem Tone des Vertheidigers sich ausdrückt. Der Redner gibt sich selbst durch alle solche Ungehörigkeiten ein schlechtes Zeugniß und erweckt hierdurch ganz andere Empfindungen und Gefühle in dem Zuhörer, als er gehofft hat. Insbesondere ist auch jene Zuversichtlichkeit zu rügen, welche über die Wärme der Ueberzeugung hinausgeht und, indem sie die Bewunderung der Zuhörer und den günstigen Erfolg des Vortrags für eine zweifellose Thatsache ansieht, den Zuhörer verletzt oder zum mitleidigen Lächeln reizt. Ebenso ist eine kluge Oeconomie in dem Gebrauche der Stimmmittel anzurathen. Es wird stets passend sein, im Anfange des Vortrags nicht die volle Kraft der Stimme zu entfalten und nicht hier bereits die Wärme zu entwickeln, welche den Haupttheil des Vortrags auszeichnen und beleben soll.

Hierher gehört auch die Warnung vor unnützen Declamationen und vor leidenschaftlichen Angriffen auf die Anklage oder die Voruntersuchung. Erstere werden leicht lächerlich und der Fluch des Lächerlichen ist bekannt, — letztere verursachen in der Regel einen peinlichen Eindruck und verfehlen stets den beabsichtigten Erfolg. Selbst bei begründeten Ausstellungen und Beschwerden wird die ruhige und verständige Vorführung der einschlagenden Thatsachen eine viel größere Gewähr des Erfolgs darbieten, auch abgesehen davon, daß der Leidenschaftliche leicht die Herrschaft über den Stoff verliert und dem ruhigen Gegner die gefährlichsten Blößen gibt. Wie dies Alles schon von schrift-

lichen Aufsätzen gilt, so erhält es bei mündlichen Vertheidigungen eine doppelt schwere Bedeutung.

Noch möchte der Verf. den Vertheidigern einen Rath geben, dessen Richtigkeit von jedem bestätigt werden wird, welcher öfters öffentlich gesprochen hat. Der Vertheidiger beginne nicht sogleich zu sprechen, so wie er sich erhoben hat, sondern fange einige Augenblicke später an. Es wird bei öffentlichen Versammlungen stets und unvermeidlich mit jedem wichtigeren Abschnitte eine Unruhe in der Versammlung entstehen. Die bis dahin einem andern Redner oder Vorgange zugewendete Aufmerksamkeit verlangt, ehe sie sich zu dem neuen Redner wendet, gleichsam zu ihrer Einrichtung, einige Augenblicke der Sammlung. Es wird oft selbst die Aenderung in der Stellung der Zuhörer, welche bisher ihren Körper nach der Gegend des zeitherigen Redners gerichtet hatten, einige Unruhe verursachen. Durch die Versammlung geht gleichsam ein Aufathmen zur Stärkung und Sammlung. Auch im Uebrigen ist es nicht gut, unmittelbar und ohne Pause an das letzte Wort des Vorredners sich anzuschließen. Es liegt dies in der menschlichen Natur des Zuhörers.

Soviel nun den Inhalt der Vertheidigung selbst anlangt, so muß — nach dem bekannten Dictum — Wahrheit den historischen, Gründlichkeit den ausführenden Theil, geläuterter Geschmack die ganze Darstellung auszeichnen.[10]

Die Materialien des Vortrags wird theils die Beweisaufnahme, theils die vorausgegangene Ausführung der Staatsanwaltschaft gewähren. Der Vortrag wird daher theils eine selbstständige Haltung einnehmen, theils mit der Widerlegung des Vortrags des Staatsanwalts sich beschäftigen. Es ist jedem Vertheidiger dringend anzurathen, Thatsachen, deren Beweis durch ein Geständniß oder auf eine sonst völlig überzeugende Weise geliefert worden ist, nicht zu bestreiten. Das gegentheilige Verfahren ist ebenso unnütz als nachtheilig. Denn wie die Richter derartige Einwendungen nicht beachten werden, so wird ein solches Verfahren auch anderen Einwendungen nicht die Aufnahme verschaffen, welche ein offenes Anerkenntniß, daß die

10) Quinctiliani Inst. VIII. 2. Nobis prima sit virtus perspicuitas, propria verba, rectus ordo, non in longum dilata conclusio; nihil neque desit neque superfluat. Ita sermo et doctis probabilis et planus imperitis erit.

und jene Thatsache nicht weiter bestritten werden könne, sichert. Es liegt in einem solchen Anerkenntnisse der Ausdruck einer würdigen, vom einseitigen Parteistandpunkte und von Streitsucht freien Auffassung der Vertheidigung, welcher gewiß stets ein angenehmes Gefühl und ein Vertrauen zu dem Vertheidiger, daß er auch bei seinen Anfechtungen des Beweises nur seiner Ueberzeugung folge, in den Hörern erwecken wird.

Das Erforderniß der Wahrheit äußert sich ferner in der getreuen Wiedergabe der Resultate der Beweisaufnahme. Verdrehungen derselben, unwahre Angaben oder Unterdrückung wichtiger Umstände werden nie zum Ziele führen. Auch hier wird der Vertheidiger den Schein unwürdiger Streitsucht oder Entstellung des Sachverhalts meiden.

Dagegen wird der Vertheidiger die factischen Ergebnisse des Beweises dergestalt ordnen und vortragen, daß in dieser Darstellung die Grundlage seiner späteren Deductionen enthalten ist und letztere aus der ersteren sich gleichsam von selbst entwickeln. Eine solche Folgerichtigkeit und innere harmonische Verbindung aller Theile der Vertheidigung wird gewiß die Aufmerksamkeit der Zuhörer fesseln und in ihnen eine, der Vertheidigung günstige Stimmung erwecken. Es ist diese Regel über die Anlage einer Vertheidigung wie überhaupt jeder ähnlichen Arbeit bekanntlich bereits für die Ausarbeitung schriftlicher Vertheidigungen maßgebend, sie hat jedoch einen erhöhten Werth für die mündliche Vertheidigung.

Der Vertheidiger wird den (ersten) Vortrag mit einigen einleitenden Worten beginnen. Die Bedeutung, welche der Eingang in den Vertheidigungsreden der römischen Defensoren hatte, kann einem Vortrage vor rechtsgelehrten Richtern nicht beigelegt werden. Es ist bei ihnen die erforderliche Stimmung als vorhanden vorauszusetzen und der Versuch, eine besonders günstige Stimmung für den Angeklagten durch Erregung des Mitleids für ihn oder Herabwürdigung des Anklägers zu bewirken, unpassend. Dessenungeachtet kann es, mit Rücksicht auf den vorausgegangenen Vortrag des Staatsanwalts, angemessen sein, einleitungsweise die Bedeutung oder das besondere Interesse des Falls, insbesondere bezüglich der Persönlichkeit des Angeschuldigten, hervorzuheben und hierdurch die Aufmerksamkeit der Zuhörer anzuregen. Die Einleitung muß daher der Individua-

lität des Falls selbst entsprechen und in ihr begründet sein. Der Vertheidiger wird ferner in der Einleitung die Gesichtspunkte, von denen er ausgeht (quaestiones), und die Sätze (propositiones), deren Beweis zu führen er beabsichtigt,[11] feststellen können und dadurch im Voraus die Uebersichtlichkeit für seine Darstellung erleichtern. Er wird sich hierbei jedoch zu hüten haben, daß er nicht bereits thatsächliche oder juristische Beweisgründe vorbringe, indem die Einleitung durch zu weite Ausdehnung abmatten, die logische Ordnung des Vortrags aber gestört und der Redner genöthigt sein würde, dieselben Beweisgründe im Laufe des Vortrags nochmals vorzubringen.[12]

Der Vertheidiger wird in dem Haupttheile seiner Rede die Ergebnisse der Beweisaufnahme vortragen. Es ist schwierig zu bestimmen, wieweit er hierbei gehen und welche Ergebnisse er hervorheben, welche er weglassen soll. Es kann zu große Vollständigkeit in dem Vortrage nicht nur die Zuhörer ermüden, sondern auch den Eindruck der auf die wichtigeren Ergebnisse bezüglichen Darstellung schwächen, weil die letztre sodann nicht scharf genug hervortritt und gleichsam sich verflacht. Es ist aber auch — ohne daß der Vertheidiger deshalb das Gebot der Wahrhaftigkeit verletzt — schwer zu bestimmen, inwieweit der Redner mehr bei den beschwerenden oder bei den entlastenden Thatsachen stehen bleiben soll. Er wird hierbei theils nach der Lage der Sache, insbesondre danach, ob jene oder diese völlig bewiesen sind oder aber mehr oder minder erheblich erscheinen, theils nach der Haltung des Vortrags des Staatsanwalts sich richten.

Bei der Zusammenstellung der thatsächlichen Ergebnisse des Beweises ist die Ausführung und die Widerlegung (refutatio) zu unterscheiden; — jene ist selbstständig und in ihrer Haltung durch die Ergebnisse des Beweises selbst geregelt, diese ist abhängig von dem Vortrage des Staatsanwalts. Diese Unterscheidung führt jedoch nicht unbedingt dahin, die Ausführung und die Widerlegung als zwei abgesonderte, selbstständige Theile der Vertheidigung auch äußerlich vortreten zu lassen. Es wird vielmehr, nach Befinden, die Widerlegung bei der Betrachtung der einzelnen Beweisthatsachen leicht sich an die Ausführung anschließen kön-

11) Die alten Rhetoren sprechen hier von quaestio, propositio, partitio.
12) Vgl. Mittermaier §. 85.

nen. Wo ein schwieriger oder weitläuftiger Indicien-Beweis vorliegt, wird die Ausführung und Widerlegung zweckmäßig bei jedem einzelnen Punkte vereinigt werden. Da, wo mehrere Indicien bezüglich einer und derselben Beweisthatsache erhoben worden sind, wird auf alle diese Indicien sowohl die Ausführung in ununterbrochner Reihenfolge ausgedehnt als auch die Widerlegung gerichtet werden können. Die Methode, welche die Uebersichtlichkeit erleichtert und in Fällen dieser Art nicht durch zu minutiöse Ausführungen den Ueberblick gefährdet, ist jedenfalls sachentsprechend. Der Vertheidiger wird, wenn er fortdauernd bestrebt ist, die Uebersicht über das Ganze in seinen Zuhörern zu erhalten und die Aufmerksamkeit derselben nicht abzuschwächen, selbst fühlen, wieweit er bei den einzelnen Punkten verweilen darf. Es würde offenbar verkehrt sein, wenn er jeden Punkt mit gleicher Genauigkeit behandeln und untergeordnete Fragen gleich wie die Hauptpunkte hervorheben wollte.

Bei der Ausführung und bei der Widerlegung wird der Vertheidiger die Regeln über den Indicienbeweis im Auge behalten. Es ist schon bei dem schriftlichen Verfahren die vorzüglichste Aufgabe des Vertheidigers, durch Sätze der Logik und der Erfahrung die Haltlosigkeit der einzelnen Indicien sowohl als der Indicien in ihrem Zusammentreffen nachzuweisen. Auch bei der mündlichen Vertheidigung wird der Vertheidiger vorzugsweise dadurch seine Aufgabe erfüllen, daß er, gestützt auf die Erfahrungen des Lebens, die Unverdächtigkeit der wider den Angeschuldigten vorgebrachten Thatsachen und die Irrigkeit der aus ihnen von dem Staatsanwalte gezogenen Folgerungen nachweise. Grade bei diesen Ausführungen kann der Vertheidiger als ein Mann, der mitten im praktischen Leben steht, mit seinen Erfahrungen wesentlich zur richtigen Würdigung des Beweises beitragen. Er wird durch Vergleichung der Erfahrungen des Lebens mit den aufgestellten Folgerungen die Wahrheit seiner eignen Ansicht am besten darlegen können.

In den Fällen, in welchen ein beweiskräftiges Geständniß vorliegt, wird der Vertheidiger sich darauf beschränken, die Gründe zu entwickeln, welche für eine milde Beurtheilung des Angeschuldigten sprechen. Er wird sich vor dem Fehler hüten, in den gegenwärtig viele Vertheidiger verfallen, unerhebliche Thatsachen als strafmildernde Umstände vorzuführen.

Es wird, nach Befinden, zweckmäßig sein, der Darstellung der thatsächlichen Ergebnisse der Untersuchung eine Erörterung der Frage vorauszuschicken, welche thatsächlichen Momente überhaupt zu der Annahme des, dem Angeschuldigten beigemessnen Verbrechens mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs erforderlich seien? Diese Erörterung wird juristischer Natur sein. Sie wird insbesondre dann dem historischen Theile des Vortrags zweckmäßig vorauszuschicken sein, wenn die Frage zweifelhaft ist und von dem Staatsanwalte eine abweichende Ansicht vertreten wird. In einem solchen Falle bildet die juristische Erörterung und Feststellung die Grundlage zu dem Vortrage der factischen Ergebnisse, welcher an die gewonnenen juristischen Sätze sich eng anschließen muß.

In den Fällen, in welchen die juristische Feststellung des Begriffs des Verbrechens keine Schwierigkeiten bietet, wird dieselbe angemessen sich an den Vortrag der thatsächlichen Ergebnisse anschließen, wenn sie nicht völlig entbehrt werden kann.

Bei der juristischen Erörterung hat sich der Defensor vor spitzfindigen und ermüdenden Ausführungen zu hüten. Insbesondre können sogenannte gelehrte Deductionen, wenn sie zu weit ausgedehnt werden, leicht ein gewisses Unbehagen verursachen. Der Vertheidiger hüte sich vor Auslegungen des Gesetzes, welche einer durch den Wortlaut, so wie die Tendenz des Gesetzes gerechtfertigten Auffassung widersprechen. Verdrehungen des Gesetzes sind in schriftlichen Arbeiten und noch mehr in mündlichen Vorträgen höchst unerquicklich und erwecken keine günstige Meinung für den Vertheidiger und für die von ihm vertretene Sache. Der Vertheidiger wird ferner grade hier sich vor jenem belehrenden, schulmeisterlichen Tone hüten, vor dem wir schon oben warnten. Auch mit Anführung von Stellen aus juristischen Schriften wird der Vertheidiger sparsam sein. Schlagende Beweisstellen werden gewiß den gehofften Einfluß nicht verfehlen. Allein ein zu ausgedehnter Gebrauch von Allegaten ermüdet und hat, weil sie häufig nicht scharf genug eingreifen oder als unanwendbar oder überflüssig sich darstellen, keinen günstigen Erfolg. Der Vertheidiger wird nicht vergessen, daß er zu rechtsgelehrten Richtern spricht, bei denen eine tüchtige und durch die Praxis geläuterte Gesetzeskenntniß, so wie Gewandtheit in Auslegung und Anwendung der Gesetze zu erwarten ist.

Der Verfasser hat sich bei dem, was er vorstehend über die Schlußvorträge bemerkt hat, allenthalben auf Andeutungen beschränken müssen. Ebenso hat er complicirtere Fälle — z. B. wenn mehrere Angeklagte gleichzeitig zu vertheidigen sind oder der Angeklagte mehrerer Verbrechen angeschuldigt ist — übergangen. Er behält sich vor, einzelne Punkte, so wie die complicirten Fälle in einem späteren Aufsatze zu besprechen. Auch die Vertheidigung in zweiter Instanz und den Gebrauch der Rechtsmittel überhaupt wird er zum Gegenstande besondrer Erörterungen machen. Einige Punkte sind es jedoch, welche jedenfalls einer Prüfung noch bedürfen.

Hierher gehört zuvörderst die Frage: Soll der Vertheidiger zuerst die belastenden Thatsachen zu beseitigen suchen und dann auf die Darstellung der entlastenden übergehen oder in welcher anderen Reihenfolge die Beweisgründe vortragen? Es ist bekanntlich diese Frage vielseitig von den Rhetoren der alten und der neuen Zeit behandelt worden. Es kann nicht verkannt werden, daß im Allgemeinen einerseits der Beginn des Vortrags mit der Beseitigung der belastenden Thatsachen sich empfiehlt, weil hierdurch die, dem Angeklagten günstigere Partie des Vortrags in den letzten Theil desselben verwiesen wird und das, was zuletzt vorgetragen wird, in der Regel den tiefsten Eindruck macht, andrerseits aber erfahrungsgemäß die günstige Meinung, welche im Anfange des Vortrags für eine Person erweckt wird, auch im Fortgange dessen fortwirkt und den Eindruck, welchen das spätere Vorbringen von belastenden Thatsachen hervorruft, mildert und abschwächt, so daß das anfängliche Vorbringen der belastenden Thatsachen nicht rathsam erscheint. Wie sonach weder die eine noch die andre Methode einen absoluten Werth beanspruchen kann, so ist auch weder die eine noch die andre unbedingt zu empfehlen und anwendbar. Die Gestaltung des einzelnen Falles muß entscheiden. In vielen Fällen wird es nicht einmal möglich sein, eine strenge Sonderung der belastenden und der entlastenden Thatsachen vorzunehmen. Es wird vielmehr bei jedem einzelnen Verdachtsgrunde oder sonstigen Abschnitte der Beweisführung die Darstellung und Prüfung auf alle einschlagenden thatsächlichen Momente sich erstrecken müssen und für die erschöpfende Behandlung die gleichzeitige Beurtheilung und Abwägung sich nöthig machen.

Mit dieser Frage hängt die Einrichtung des zweiten der Schlußvorträge zusammen. Das Gesetz verordnet unbedingt, daß dem Vertheidiger und dem Angeklagten das letzte Wort gebührt. Selbst in den Fällen, in welchen der Staatsanwalt nicht zum zweiten Male das Wort nimmt, wird der Vertheidiger unbehindert sein, nochmals und gleichsam zur Ergänzung seines ersten Vortrags das Wort zu ergreifen. In dem Schlußworte des Vertheidigers wird derselbe Gelegenheit haben, einen kurzen Ueberblick über die zu Gunsten des Angeklagten vorgetragnen Gründe zu geben und den von ihm gestellten Antrag zu rechtfertigen. Das Schlußwort ist daher ein wichtiger Theil des Vortrags. Es sind die letzten Worte, welche an die Richter gerichtet werden. Passen auch die Regeln, welche für das Schlußwort mit Bezugnahme auf die Rathschläge der alten Rhetoren[13] behufs der Erweckung einer günstigen Stimmung bei den Richtern häufig ertheilt werden, nicht auf ein Verfahren vor rechtsgelehrten Richtern, so wird dessenungeachtet eine zum Schlusse gegebene klare Uebersicht der für den Angeklagten sprechenden Gründe jedem Betheiligten und insbesondre auch den Richtern, welche in solcher Uebersicht gleichsam eine Controle für ihre eigne Auffassung finden werden, willkommen sein.

Eine andre Frage ist: Wieweit soll sich der Vertheidiger auf seine **Schlußvorträge** bereits **vor** der mündlichen Verhandlung vorbereiten? — Es liegt klar vor, daß eine erschöpfende Ausarbeitung und ein Auswendiglernen der Vertheidigung ebenso unnützlich als bedenklich ist. Denn die mündliche Verhandlung ist es, welche das Material für die Entscheidung liefert, und der Vertheidiger hat keine Bürgschaft dafür, daß die Ergebnisse der Verhandlung mit den Voracten allenthalben übereinstimmen, und daß nicht Beweisaufnahmen, welche in den Voracten nicht enthalten sind, stattfinden werden. Eine Abweichung in dem Ergebnisse würde möglicherweise seine ausgearbeitete Rede sehr stören. Dazu kommt noch, daß der Vortrag einer auswendig gelernten Rede stets etwas Mattes haben wird. Insbesondre aber ist zu berücksichtigen, daß der Redner, welcher auf seine ausgearbeitete und gut memorirte Rede sich verläßt, niemals

13) Diese sprechen hier von der peroratio, conclus'o und altercatio. Die Neueren sprechen von der Recapitulation, — Erweckung des Interesses und der günstigen Stimmung, — Schlußbitte.

die gehörige Sicherheit erwerben wird, um auch ohne solche Vorbereitung einen guten Vortrag zu halten, und daß die Verhandlung selbst wiederholt den Vertheidiger nöthigen wird, ohne jede Vorbereitung Anträge zu stellen und zu rechtfertigen oder zu bekämpfen und zur Widerleguug zu sprechen. Dessenungeachtet wird eine Vorbereitung des Vertheidigers auf die Schlußvorträge insoweit immer nöthig sein, als er nicht ohne vorherige Feststellung der Gesichtspunkte für seine Thätigkeit in der Verhandlung und für die Schlußvorträge in die Sitzung sich begeben soll. Ist er über die Richtung, welche er hierbei zu verfolgen hat, sich selbst klar geworden, so wird er auch mit leichter Mühe einzelne Aenderungen derselben, nach Gelegenheit des Falls und den Ergebnissen der Beweisaufnahme, zu behandeln und einzelne neue Thatsachen oder Ergebnisse am passenden Orte mit zu berücksichtigen wissen. Der wenig geübte Redner mag nach den von ihm festgestellten Gesichtspunkten sich in seinem Innern die Skizze des Vortrags vergegenwärtigen, um gleichsam die einzelnen Abtheilungen in seinem Kopfe zu haben, in welche er bei der Verhandlung die entscheidenden Momente für die Schlußvorträge vertheilt. Es ist dies einem wenig geübten Redner auch deshalb anzurathen, weil erfahrungsmäßig ein solcher Redner ohne Vorbereitung leicht dadurch in Verlegenheit geräth, daß ihm das Material während des Vortrags so vielseitig zuströmt, daß er es nicht augenblicklich zu sondern und gewissermaßen zurecht zu legen versteht. Der ungeübte Redner will in dieser Verlegenheit das Material sogleich mit verarbeiten, — es kommen zu diesem Behufe vielfache Einschaltungen vor — und daß diese den Redner leicht verwirren und den Vortrag selbst unklar machen, ist eine bekannte Thatsache.

Man hat wohl in Regeln vorstehender Art eine Unterstützung der Ansicht gefunden, daß die Mündlichkeit zur Verdunkelung und nicht zur Aufklärung des wahren Sachverhalts diene und insbesondre der Erfolg der mündlichen Vertheidigung von Zufälligkeiten abhänge, die nicht entscheidend sein sollten. Allein es ist schwer zu begreifen, wie die Vorschrift, daß der Redner allenthalben wahr, klar und in logischer Ordnung spreche, zur Verdunkelung der Sache dienen könne. Andrerseits beweist der Einwand zu viel. Denn auch für die Abfassung schriftlicher Vertheidigungen gibt es viele Regeln und bedeutende Juristen haben sich mit der systematischen Behandlung und Aufstellung

derselben beschäftigt. Es werden gute und ausgezeichnete, schlechte und ganz schlechte Vertheidigungsschriften eingereicht und die Richter werden lieber die ersteren als die letzteren lesen, ebenso wie sie lieber gute als schlechte Vertheidigungen anhören werden. Gleichmäßig gute Vertheidigungen werden weder im mündlichen noch im schriftlichen Verfahren geliefert werden. Diese Ungleichheit liegt in der Natur des Menschen, nicht in der des Verfahrens. Auch die Richter sind nicht alle gleichmäßig befähigt und die Erkenntnisse derselben nicht von gleicher Güte.

Der Verfasser wendet sich nunmehr noch zu den Beschränkungen, welche, im Vergleiche mit der zeitherigen Gesetzgebung, der Umfang der sogen. nothwendigen Vertheidigung und hiermit die Uebertragung der Defensionalien aus der Staatscasse erlitten haben. Es sind die hierauf bezüglichen Bestimmungen vielfach angefochten und es ist wohl auch „die Verringerung des Einkommens der Advocaten" gemißbilligt worden. Wäre das letztre Argument beachtenswerth, so würde durch dasselbe der Stab über manches andere Gesetz gebrochen sein. Wir erinnern nur an die Ablösungsgesetze, an verschiedne Reformen des bürgerlichen Processes und auch an die Abänderungen der Strafgesetzgebung im Jahre 1838. Wir können dieses Argument wohl völlig auf sich beruhen lassen, da die Rechtsstreitigkeiten nicht wegen der Gerichte und der Advocaten nöthig, vielmehr die Verminderung der Streitigkeiten und die Vereinfachung des Verfahrens von der Gesetzgebung angestrebt werden muß.

In den Beschränkungen der sogen. nothwendigen Vertheidigung liegt nicht der Ausdruck eines Mißtrauens gegen den Advocatenstand, dessen Hebung und Kräftigung gewiß jeder, dem es mit der Sorge um eine gute Justizpflege Ernst ist, dringend wünschen muß. Es sind diese Beschränkungen vielmehr aus der Erwägung hervorgegangen, daß der Vertheidigungs-Beweis im mündlichen Verfahren mit ungleich wirksameren Mitteln und Attributen ausgerüstet ist, als im schriftlichen Verfahren. Die Beschwerden über die Stellung des Vertheidigers in dem letzteren sind in dem mündlichen Verfahren erledigt. Die Gründe, welche für die Ausdehnung der nothwendigen Vertheidigung im schriftlichen Verfahren sprechen, sind von der Natur des letzteren, insbesondre davon hergenommen, daß der Angeklagte erst nach dem Schlusse der Untersuchung vollständige Kenntniß von den Er-

gebnissen derselben erhält und außer Stand sich befindet, bei der Beweisaufnahme selbst irgendwie seine Interessen vollständig wahrzunehmen. In dem mündlichen Verfahren ist seine Lage eine ganz andre und ungleich günstigere. Die Vertheidigung und die würdige Stellung derselben war von der Gesetzgebung in das Auge zu fassen und nur diese als der maßgebende Zielpunkt zu betrachten. Für diese Hebung der Vertheidigung ist nun, wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, in einer Weise gesorgt worden, wie sie wohl allen gerechten Anforderungen entspricht.

Es ist gesagt worden, daß die Vertheidigung die Zuziehung eines Rechtsbeistands nothwendig bedinge und daher durch die Bestimmungen wegen der Uebertragung der Defensionalien aus der Staatscasse bedenklich beschränkt werde. Allein der Vordersatz dieser Einwendung ist unrichtig. Auch bei der zeitherigen Gesetzgebung war die Vertheidigung in vielen Fällen eine freiwillige und es fand eine Restitution der Defensionalien aus der Staatscasse nicht Statt. Konnte daher schon im schriftlichen Verfahren die Zuziehung eines Vertheidigers bei den leichteren Fällen als entbehrlich angesehen werden, so konnte dies noch eher in dem mündlichen Verfahren in Hinblick auf die dem Angeklagten gewährten Vergünstigungen geschehen.

Um übrigens den Nachweis zu liefern, daß dessenungeachtet unsre neue Gesetzgebung bezüglich der Erstattung der Defensionalien aus der Staatscasse nicht ungünstiger den Defensoren ist, als die übrigen Gesetzgebungen Deutschlands, will der Verf. nur aus einigen derselben die einschlagenden Bestimmungen referiren.

Die Oesterreichische Strafproceßordnung, welche den Vertheidigungsbeweis außerordentlich begünstigt und überhaupt von einem seltnen Geiste der Milde beseelt ist, erachtet in §. 213. die Vertheidigung für nothwendig, wenn es sich um ein Verbrechen handelt, worauf im Gesetze die Todes- oder eine Kerkerstrafe von mindestens fünf Jahren gesetzt ist. Ist ein Angeklagter nicht im Stande, die Vertheidigungskosten aus eignem Vermögen zu bezahlen, so soll ihm von dem Gerichte ein „Armenvertreter" beigegeben werden. Nach §. 214. ist jeder in die Liste aufgenommener Vertheidiger zur Uebernahme der ihm an seinem Wohnorte von dem Strafgerichte übertragenen Vertheidigungen verpflichtet.

Weiter bestimmt §. 345., daß der Angeklagte die Kosten der Vertretung auch dann zu zahlen habe, wenn ihm ein solcher Vertreter von Amtswegen vom Gerichte bestellt worden. Nur dem Armenvertreter sollen auf sein Verlangen „die nöthig gewesenen und wirklich bestrittnen baaren Auslagen" aus dem Staatsschatze vergütet werden.

In Preußen enthalten die §§. 433. der Criminalordnung, so wie §. 16 flg. der Verordnung v. 1849 und Art. 20 flg. des Gesetzes vom Jahre 1852 die hier einschlagenden Vorschriften. Die Vertheidigung ist nach §. 16. 60. der Verordnung nur in Schwurgerichtsfällen nothwendig, und §. 463. der Criminalordnung bestimmt, daß die Justizcommissarien „verpflichtet seien, sich als Vertheidiger der Angeschuldigten ohne Unterschied des Standes oder Vermögens gebrauchen zu lassen." Besitzt der Angeschuldigte kein Vermögen, so stellt sich — wie solches auch in der Preußischen Praxis unzweifelhaft anerkannt wird — die Defension als eine Official-Arbeit dar.[14]

In Bayern verordnet Art. 120. des Schwurgerichts-Gesetzes: „Der Staat hat in keinem Falle die Kosten der Vertheidigung zu tragen. Daher sind nur die am Gerichtssitze wohnhaften Anwälte und geprüften Rechtscandidaten zur Uebernahme einer Vertheidigung verpflichtet."

In Württemberg ist die Vertheidigung nothwendig, wo das Strafgesetzbuch Zuchthaus droht (in thesi). Die Rechtsanwälte sind nach einer bestimmten Reihenfolge zur Uebernahme einer nothwendigen Vertheidigung verpflichtet, sei es, daß die Wahl von dem Angeklagten oder dem Vorsitzenden ausgegangen ist.[15] Die Kosten der nothwendigen[16] Vertheidigung eines vermögenslosen Angeklagten trägt die Staascasse in der Art, daß dem Vertheidiger die Entschädigung für etwa erforderliche Reisen und Zeitversäumniß gewährt wird.

14) Das K. Preuß. Justizministerium hat jedoch in neuerer Zeit und namentlich durch eine Verfügung vom 5. Mai 1851 ein Recht zur Ablehnung der Vertheidigung in ziemlich ausgedehnter Maße anerkannt.

15) Holzinger, d. Schwurgerichte Württembergs S. 115 flg. in Verb. mit Art. 251. der Straf-Proc.-Ordn. v. 1843 und Art. 25. des Strafproceßgesetzes v. 1849.

16) Art. 25. cit. —

Wie mithin alle diese Gesetzgebungen den Vertheidigern bezüglich des hier fraglichen Punktes nicht so günstig sind, wie unsre neue Gesetzgebung, so stimmt mit derselben z. B. die Strafproceßordnung von Braunschweig überein, in welcher (§. 7.) verordnet ist, daß in schweren Strafsachen, in welchen die Competenz des Criminalsenats durch die Schwere der angedrohten Strafe begründet ist, dem armen Angeklagten auf Kosten des Staats ein Vertheidiger beigeordnet werden soll.

Präjudizien.

1.

Die Subhastation eines Grundstückes, welche auf Antrag eines Gläubigers anberaumt worden ist, kann keinen Fortgang haben, wenn zu des Schuldners Vermögen Concurs ausgebrochen ist. Einige Bemerkungen über das Dispositionsrecht der Mehrzahl der Gläubiger über die Concursmasse.*)

„Das Oberappellationsgericht hat bei Prüfung der verschiedenen nach dem Vorstehenden in Anregung gekommenen Streitfragen Folgendes in Erwägung zu ziehen gehabt:

1) Mit der Concurseröffnung geht das Vermögen des Gemeinschuldners auf dessen gesammte Gläubiger behufs ihrer thunlichsten Befriedigung über. Die Unzulänglichkeit der Masse macht eine gewisse gegenseitige Beschränkung der verschiedenen Ansprüche nöthig. Damit diese eintreten könne, haben sich alle Gläubiger, welche Zahlung verlangen, bei dem Creditwesen zu melden und bei diesem ihre Forderung zu verfolgen. Wider den Gemeinschuldner dagegen können sie dieselben darum nicht fortsetzen, weil derselbe vermögenslos geworden ist. So folgt denn aus dem Wesen des Concurses nothwendig seine anziehende Kraft, demnach der Satz, daß alle Processe um Vermögensrechte in dem Augenblicke, wo der Beklagte in Concurs verfällt, zum Stillstand gelangen. Diesen Stillstand trifft namentlich auch das Vollstreckungsverfahren,

Dabelow, Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, S. 682.

Kori, System des Concursprocesses, §. 21.

und zwar dieses um so mehr, als außerdem sich einzelne Gläubiger zum Nachtheile ihrer Mitgläubiger besondere Vortheile verschaffen könnten. Das Vollstreckungsverfahren begreift, wenn ein Grundstück zum Hülfsgegenstande angegeben worden ist, auch die Subhastation desselben mit in sich.

*) Wochenbl. f. m. Rechtsfälle Jahrg. 1855 S. 505 flg. Nr. 118.

Erl.-Proc.-Ordnung, ad Tit. XXXIX.
Executionsgesetz, §. 40 und 41.
Grund- und Hypothekengesetz, §. 109. und 110.

Letzteres verbietet überdies ausdrücklich, ein vor Ausbruch des Concurses eingeleitetes Zwangsverfahren nach Ausbruch desselben fortzusetzen. Es sagt nämlich §. 150., daß, wenn Concurs zum Vermögen eines Besitzers von Immobilien eröffnet wird, das Concursgericht solches der Grund- und Hypothekenbehörde ohne Verzug mitzutheilen und die Eintragung eines Veräußerungsverbotes in das Grund- und Hypothekenbuch zu veranlassen hat, auch diese Veranlassung, selbst ohne ausdrücklichen Antrag, schon in der Mittheilung der Concurseröffnung liegen soll. Das Veräußerungsverbot aber bezweckt der Natur der Sache nach Sicherstellung der Masse nicht blos gegen den Gemeinschuldner, sondern auch gegen Gläubiger desselben und ist daher namentlich auch gegen diejenigen gerichtet, welche das Hülfsvollstreckungsverfahren wider den Gemeinschuldner fortzustellen versuchen könnten. Es ist demnach, wenn Concurs zu dem Vermögen des Besitzers von Grundstücken eintritt, eine bis dahin etwa eingeleitete Subhastation wieder aufzuheben. Daß dieß aber wirklich die Meinung des Grund- und Hypothekengesetzes sei, läßt sich um so weniger in Zweifel ziehen, als nach §. 109. ff. mit den Erstehungsgeldern ganz verschieden zu gebahren ist, je nachdem die Subhastation im Wege des Vollstreckungsverfahrens oder im Concurse stattfand und auch die rechtliche Stellung der Gläubiger rücksichtlich ihrer Befriedigung aus den Erstehungsgeldern sich mehrfach verschieden gestaltet, je nachdem das eine oder das andere der Fall war.

2) Das Mandat wider die Banqueroutiers vom 2. August 1783 (Oberl. Coll.-Werk, Tom. IV. pag. 18.) giebt im 4. und 12. Absatze des §. 22. an, daß es bei gewissen die Masse betreffenden Maßregeln auf den Beschluß der Majorität der Gläubiger ankommt. Es ist dort auch zu ersehen, daß die Majorität der Gläubiger schon vor dem Zeitpunkte, wo sich eine geschlossene Zahl derselben gebildet hat, entscheidet, denn es werden mehrfach Maßregeln erwähnt, welche in der Regel vor der Präclusive nothwendig werden. Die Verfügungen aber, bei denen sie zu hören sind, beziehen sich auf Einziehung, Bewahrung und Verwaltung der Masse, nicht dagegen auch auf die Verwerthung derselben. Vielmehr enthält der 9. Absatz die bestimmte Anordnung, daß, wenn innerhalb der gesetzlich dazu nachgelassenen Frist ein vom Gemeinschuldner den Gläubigern vorgeschlagener Vergleich nicht zu Stande gekommen ist, wegen Versteigerung der beweglichen und Subhastation der unbeweglichen Güter nach Vorschrift der Rechte zu verfahren oder wenigstens bei einschlagenden besonderen Umständen von dem Richter Bericht zu erstatten sei. Hiernach darf rücksichtlich der Subhastation unbeweglicher Güter von der Vorschrift der Rechte nicht abgewichen werden, selbst dann nicht, wenn dies die Majorität der Gläubigerschaft beschließen wollte. Diese Bestimmung, welche sich im geschärften Man-

date wider die Banqueroutiers vom 20. December 1766 ebenmäßig vorfindet, beruht auf einem guten Grunde. Denn dürfte die Mehrzahl der Gläubiger, welche in der Oberlausitz zu Folge §. 22. des obenerwähnten Gesetzes nicht nach der Kopfzahl, sondern nach der Höhe der zu fordern habenden Summen zu bemessen ist, etwas von den Gesetzen Abweichendes über die Versteigerung eines Grundstückes bestimmen; so würden einige wenige, durch Hypothek auf jeden Fall gesicherte Gläubiger leicht im Stande sein, Beschlüsse zu fassen, welche der Minorität der nachstehenden Hypothekengläubiger und der Chirographarier zum größten Nachtheile gereichen könnten. Das Oberappellationsgericht nimmt daher an, daß, wenn über Subhastation eines Grundstücks im Concurse etwas von den Gesetzvorschriften Abweichendes von der Gläubigerschaft beliebt werden will, hierzu Stimmenmehrheit nicht genügend, sondern Stimmeneinhelligkeit erforderlich ist und hat dies noch ganz neuerlich auszusprechen Veranlassung gehabt. (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Neue Folge, Band 13. Seite 18 flg.) Wenn nun, wie oben nachgewiesen worden ist, das Gesetz auf das Bestimmteste verordnet, daß eine im Hülfsvollstreckungsverfahren anberaumte Subhastation nach Ausbruch des Concurses zu des Schuldners Vermögen nicht fortgestellt werden soll, so ist der am 17. Juli 1854 zu Stande gekommene Majoritätsbeschluß für die Minorität nicht bindend.

3) Das gegenwärtig vorliegende Streitobject ist untheilbar, indem die Subhastation nicht einigen Betheiligten gegenüber aufgehoben, anderen Betheiligten aber gegenüber aufrecht erhalten werden kann, sondern, sobald ihre Gesetzwidrigkeit nachgewiesen ist, im Ganzen für zu Recht nicht beständig erklärt werden muß. So ist das Verhältniß bereits vom Oberappellationsgerichte in der Verordnung Bl. — aufgefaßt worden, und von gleicher Ansicht sind die hierauf in der Sache ertheilten Erkenntnisse ausgegangen. Wenn daher gleich Bl. — mit Grunde hervorgehoben werden konnte, daß F. W. R., L. verehel. R., geb. Th., F. E. R. und A. S. R. zu der fraglichen Subhastation die Zustimmung gegeben haben, so bleibt dies doch für die Entscheidung der Sache um deswillen einflußlos, weil nach den Acten in Gewißheit beruht, daß weder der Vormund der unmündigen Anna P. R., noch Sch. die Einwilligung zu jener Subhastation ertheilt, auch der eine so wenig wie der andere nachträglich seine Genehmigung ausgesprochen hat.

4) Die Majorität der Gläubigerschaft erklärte zwar neuerlich, am 19. April 1855, daß sie die Rechtsbeständigkeit der am 31. Juli Statt gefundenen Subhastation anerkenne. Dieser ihr Beschluß ist jedoch, wie aus dem oben unter 1. und 2. Ausgeführten erhellt, für die Minorität, zu welcher der Vormund der minderjährigen Anna P. R. gehört, nicht bindend, ändert daher insofern offenbar an der Sachlage etwas nicht. Wenn aber schon auf des Letzteren Antrag allein die Ungül-

tigkeit der Subhastation auszusprechen ist, so erscheint es gleichgültig, wenn Sch. seine Forderung bei dem Creditwesen nicht angemeldet hat und von demselben durch die am 29. März publicirte rechtskräftige Präclusivsentenz ausgeschlossen worden ist. Uebrigens jedoch hat man der vorigen Instanz allerdings darin beizupflichten, daß von derselben nach Lage der Sache nicht darüber zu erkennen war, welchen Einfluß diese neuerdings, erst nach Bekanntmachung des Urthels Bl. — eingetretenen Thatsachen auf die rechtlichen Beziehungen der streitenden Theile unter einander äußern, da eine Entscheidung hierüber nur erst dann statthaft sein konnte, wenn alle bei der Sache Betheiligten in gesetzmäßiger Weise rechtliches Gehör gefunden hatten."

(Urthel des O.-A.-G. in Friedrich Wilhelm Ringel's Concurse, vom Monat September 1855.) L.

2.

In dem Versprechen des Adquirenten eines Grundstückes, die auf letzterem haftende hypothekarische Schuld bis zu einem bestimmten Tage zu bezahlen, liegt eine persönliche Verpflichtung desselben für die Schuld.

„Zwar hat Kläger in keiner Weise mit der für den Executivproceß erforderlichen Liquidität beigebracht, daß der Beklagte das libellirte Capital bei Acquirirung des Bl. — bezeichneten Grundstücks als unbezahltes Kaufgeld übernommen habe. Allein die wider den Beklagten erhobene persönliche Klage wird durch das Bl. — in beglaubter Abschrift befindliche Bekenntniß sub c. hinreichend begründet, indem er in letzterem zu Uebernahme der obigen, auf seinem Besitzthume eingetragenen Schuld sich ausdrücklich verpflichtet hat, mithin der zweite in §. 90. des Gesetzes vom 6. November 1843 ausgehobene Fall eintritt.

Denn es muß in diesem Documente die ausdrückliche Uebernahme der Schuld Seiten Beklagtens um so mehr erblickt worden, als in demselben ein bestimmter Tag, bis zu welchem längstens Beklagter das Capital nebst Accessorien auszuzahlen versprochen hat, festgesetzt ist.

Hätte nämlich Beklagter durch diese Zusicherung eine persönliche Verpflichtung nicht übernehmen wollen, dann hätte von einem bestimmten Zahlungstage nicht füglich die Rede sein können, weil außerdem für ihn nur die alternative Verbindlichkeit bestand, entweder die Schuld zu bezahlen, oder die gerichtliche Versteigerung, beziehentlich die gerichtliche Sequestration des Grundstücks zum Zwecke der Befriedigung der Gläubigerin geschehen zu lassen, mithin, wenn es sich nur um die Uebernahme einer Verbindlichkeit, wie sie dem dritten Besitzer des belasteten Grundstücks obliegt, gehandelt hätte, das betreffende Bekenntniß auch nur auf die Annahme der erfolgten Kündi-

gung oder eine alternative Uebernahme der ihm obliegenden Verpflichtung hätte beschränkt werden können.

Uebrigens würde, wenn man die vorliegende persönliche Klage als solche nicht für hinreichend begründet erachten könnte, dies dermalen noch nicht zu der vom Beklagten verlangten Abweisung derselben geführt haben, da die erhobene Klage auch als dingliche in den beigebrachten Urkunden volle Begründung findet, weiter das Proceßgericht bei angestellter dinglichen Klage ebenfalls competent gewesen sein, und es daher nur einer nach §. 2. ad tit. V. der Erl. P.=O. zulässigen Verbesserung des nach der Vorschrift in §. 87. des Gesetzes vom 6. November 1843 alternativ einzurichten gewesenen Klagegesuchs bedurft haben würde."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen v. Gersdorf gegen Fischer, vom Monat September 1855.) L.

3.

Ueber die dem Beweis= oder Gegenbeweisführer gegen den unverschuldeten Verlust der Beweismittel zu ertheilende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

„Die Proceßordnung Tit. XX. §. 4. Tit. XXI. §. 1. und Tit. XXIV. §. 1. besagt, daß derjenige, welchem Beweis oder Gegenbeweis zu führen obliegt, die Beweismittel, welcher er sich zu bedienen gemeint ist, bei deren Verlust innerhalb der Beweisfrist anzugeben hat. Dasselbe gilt nach der Erl. P.=O. zu Tit. XVIII. §. 2. von dem Eide, wenn er bei dem Gegenbeweise, oder wenn er bei dem Beweise über eine Replik angetragen werden soll. Hiermit ist aber nicht zugleich über die Frage entschieden, ob es einer Partei erlaubt sei, an die Stelle eines Beweismittels, welches sie rechtzeitig angegeben, doch ohne ihre Schuld verloren hat, nach Ablauf der Beweisfrist ein anderes Beweismittel zu setzen. Bewährte Rechtslehrer nehmen dieß an, so Gönner im Handbuche des deutschen gemeinen Processes, Bd. 2. Abth. XXXIX. §. 5. 6. 7. S. 311., Spangenberg im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 7. S. 219 ff. Die Ansicht derselben findet auch in den Grundsätzen über die Wiedereinsetzung aus der Generalclausel ihre volle Berechtigung. Die Generalclausel enthält eine Erweiterung des Begriffs der absentia reipublicae causa auf andere Gründe unfreiwilliger, wirklicher oder fingirter Abwesenheit und dem zu Folge auch auf Hindernisse der Geltendmachung und Ausübung eines Rechtes, welches von dem Belange ist, daß die Restitution gerecht erscheint. Die L. 26. §. 9. D. ex qu. c. m. IV. 6. erklärt, nachdem von der Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit die Rede gewesen ist: Item (inquit praetor) si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam. Haec clausula edicto inserta est necessaria, multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent

restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt, ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum, utputa legatione quis pro civitate functus est, aequissimum est, eum restitui, licet reipublicae causa non absit. — Et generaliter quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet, ei subveniendum.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll zwar nach der Erl. P.-O. ad tit. XXXVII. nicht als ordentliches Rechtsmittel gegen Erkenntnisse eintreten können, ist aber außerdem im Processe so weit zulässig, als sie das gemeine Recht verstattet und die Proceßordnung nicht ausdrücklich eine Beschränkung getroffen hat. Es heißt nämlich im eben citirten Titel: „Was aber die restitutionem extraordinariam, so denen minoribus, piis causis und anderen, vermöge derer Rechte zustehet, anbetrifft, lassen Wir es zwar bei dem, was diesfalls in denen Rechten, auch oben ad tit. IX. §. 4. versehen, bewenden. Jedoch soll wider ein Urthel, so auf vorhergegangene Verwarnung bei Verlust des beneficii restitutionis in integrum gesprochen worden, keine Restitution weiter zugelassen sein." Dem entsprechend wird denn auch gegen versäumte Termine oder versäumte Proceßhandlungen die Wiedereinsetzung unter den nach den allgemeinen Grundsätzen über dieselbe sich dazu eignenden Umständen ganz unbedenklich ertheilt.

Den Principien des Sächsischen Processes widerstreitet es also an und für sich nicht, wenn dem Beweisführer verstattet wird, an die Stelle eines ohne seine Schuld verloren gegangenen Beweismittels ein anderes zu setzen. Die Proceßordnung Tit. XX. §. 8. spricht sich über die Anwendbarkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf einen solchen Fall sehr bestimmt aus. „Würde sich auch begeben und zutragen, daß vor oder unter währendem Examine dem Producenten alle, oder eines Theiles und sonderlich die fürnehmsten Zeugen mit Tode abgingen, soll man den Unterschied halten und mit Fleiß ponderiren: ob der Zeugenführer in Beförderung des Beweises gebührend- und schuldigen Fleiß angewendet, ihm die Zeugen citra ipsius culpam, ehe das Examen zu Werke gestellt werden können, entfallen, und es um dieselben also bewandt, daß er vermuthlich mit seinem Beweis perielitiren und sein Intent durch die übrigen noch lebenden nicht erhärten möchte? Und auf solchen Fall soll er auch post lapsum termini probatorii, doch ante publicationem attestationum, novos testes in locum demortuorum zu benennen befugt sein, sonsten aber ihm ein solches nicht verstattet sein."

Diese Vorschrift gab, wie aus Griebners Discurs zu Tit. XX. §. 8. der Proceßordnung zu entnehmen, mehrfach zu Zweifeln und Sachverschleifen Anlaß. Es ließ sich nämlich sehr häufig nicht mit Sicherheit übersehen, ob ein abgestorbener Zeuge wirklich zu den fürnehmsten Zeugen gehört habe und ebensowenig, ob der Beweisführer

durch den Ausfall eines Zeugen in die Gefahr versetzt werde, seinen Beweis nicht verführen zu können. Ferner war die Benennung neuer Zeugen nicht an eine gewisse kurze Frist gebunden, sondern konnte noch bis zur Eröffnung der Gezeugnisse geschehen.

Diesen Uebelständen wollte die Erl. P.-O. ad tit. XXIII. §. 2. abhelfen, indem sie bestimmte, daß, wenn ein oder mehr Zeugen vor der Abhörung mit Tode abgehen, oder auch schon vor Uebergabe der Artikel verstorben sind, der Beweisführer, welcher mittelst Eides erhärtet, daß er dies nicht gewußt habe, anstatt eines verstorbenen Zeugen ein oder zwei andere und nach Befinden der Umstände auch mehrere binnen sächsischer Frist a tempore notitiae, weiter aber nicht, benennen dürfe. Hiermit wurde der Streit darüber, ob ein Zeuge für den Beweisführer von Wichtigkeit gewesen, sowie darüber, ob der Beweisführer durch den Ausfall desselben rücksichtlich der Beweisführung gefährdet worden, kurz abgeschnitten, auch durch Beschränkung der Nachbenennung neuer Zeugen an eine angemessene kurze Frist Sachverschleifen vorgebeugt.

Sowohl die Proceßordnung Tit. XX. §. 8. als auch die Erl. P.-O. zu Tit. XXIII. §. 2. haben offenbar nicht den Zweck, zu bestimmen, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den unverschuldeten Verlust von Beweismitteln nur in dem einen Falle statthaft sein soll, wenn dem Beweisführer ein Zeuge durch Tod verloren gegangen ist, denn es ist weder aus der Wortfassung der hier citirten Stellen, noch aus einer sonstigen Vorschrift der Proceßordnung zu ersehen, daß die Wiedereinsetzung gegen unverschuldeten Verlust von Beweismitteln auf eine den allgemeinen Prinzipien über die Wiedereinsetzung direct zuwiderlaufende Weise beschränkt werden sollte. Im Geiste der Proceßordnung aber würde, wie schon oben angedeutet wurde, eine solche Bestimmung nicht liegen. Auch läßt sich nicht annehmen, daß sie als nothwendige Consequenz gewisser oberster Grundsätze des sächsischen Proceßrechtes zu betrachten sei. In dieser Beziehung könnte nur allenfalls darauf verwiesen werden, daß der Kläger, wenn er sich des Eidesantrags bedienen will, dies schon in der Klage erklären muß. Zu bemerken jedoch hat man, daß dies eine Regel ist, welche nur für den ordnungsmäßigen Gang des Processes gilt, ihre Anwendbarkeit dagegen verliert, sobald aus demselben herausgeschritten wird. Dieser Fall tritt ein, wenn zu Folge der Wiedereinsetzung ein Nachtragsbeweis gestattet wird. Soll übrigens derselbe geeignet sein, seinem Zwecke genügen zu können, so darf er nicht rücksichtlich der Wahl der Beweismittel beschränkt, vielmehr muß gestattet sein, an die Stelle des verloren gegangenen Beweismittels ein Beweismittel anderer Art zu setzen, daher auch an die Stelle von Urkunden oder Zeugen den Eidesantrag. Daß der Beklagte dadurch in Betreff seiner Rechtsvertheidigung gefährdet werden würde, ist mit Grund darum nicht zu behaupten, weil die ihm ins Gewissen geschobenen Beweisartikel keine anderen wesentlichen That-

sachen enthalten dürfen, als schon in der Klage angegeben waren, übrigens aus den allgemeinen Principien über die Abänderung einer Klage in Betreff des Beweises selbstverständlich folgt, daß er bei der Einlassung auf die Artikel an seine Herauslassungen in der Klagbeantwortung nicht so schlechterdings gebunden ist. Peremtorische Einreden aber, welche er der Klage entgegensetzte, gehen ihm durch einen nachträglichen auf den Eid gestellten Beweis nicht verloren. Denn sie bleiben ihm, wenn er den Eid zurückgiebt und es bedarf ihrer Ausführung nicht, wenn er ihn annimmt.

Hierbei ist übrigens daran zu erinnern, daß ein eventueller Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den unverschuldeten Verlust von Beweisurkunden und sodannigen Ersatz derselben durch Eidesantrag schon zeither unbedenklich gefunden wurde. Ein allgemeiner Gerichtsbrauch nämlich gestattete, daß über Thatsachen, zu deren Beweise eine Urkunde angegeben worden, der Eid für den Fall angetragen werden durfte, daß die Urkunde nicht edirt würde.

Betrachtet man den §. 2. der Erl.-P.-O. tit. XXIII. für sich allein, so kann man allerdings wohl versucht sein, anzunehmen, daß gegen den unverschuldeten Verlust von Beweismitteln nur in dem von ihm erwähnten Falle und nur in der von ihm erwähnten Maaße Wiedereinsetzung eintreten soll. Hält man ihn jedoch mit den sonstigen hier einschlagenden zweifellosen Vorschriften der Proceßordnung zusammen, so muß man nothwendig die Ueberzeugung gewinnen, daß er nicht eine exclusive Bestimmung aufstellen wollte, wohl aber eine ungenügende Fassung und zwar um deßwillen erhielt, weil zunächst nur daran gedacht wurde, die Vorschriften §. 8. des Tit. XVIII. der Proceßordnung in zweckentsprechender Weise abzuändern. Anstatt nun, wie es angemessen gewesen wäre, den in den obersten Principien der Proceßordnung liegenden Satz, daß gegen jeden unverschuldeten Verlust eines Beweismittels die Wiedereinsetzung zukommt, allgemein auszusprechen, erklärte man sich hier nur darüber, wie derselbe in einem besonderen Falle, nämlich in dem, wenn verstorbenen Zeugen andere Zeugen substituirt werden sollen, zur Geltung zu bringen sei, schloß aber damit seine Anwendbarkeit auf andere ähnliche Fälle nicht aus. In diesen übrigens muß rücksichtlich der Restitutionsfrist analog gelten, was die Erl. P.-O. zu Tit. XXIII. §. 2. bestimmte. Denn hätte man bei Abfassung der Proceßordnung daran gedacht, über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den unverschuldeten Verlust von Beweismitteln im Allgemeinen einen Satz aufzustellen, so hätte er, wenn er nicht gegen anderwärts ausgesprochene Principien verstoßen sollte, nur im Sinne der nurerwähnten Gesetzstelle lauten können. Es kann daher die Substitution eines neuen Rechtsmittels überhaupt nicht länger als innerhalb sächsischer Frist von der Zeit an verstattet werden, wo der Beweisführer von dem Verluste des früher von ihm angegebenen Rechtsmittels Kenntniß erhielt.

Das Oberappellationsgericht hat in einem im Jahre 1850 bei demselben zur Entscheidung gelangten, im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle 1850 S. 363 abgedruckten Falle allerdings angenommen gehabt, es enthalte die Erl. P.-O. Tit. XXIII. §. 2. eine Ausnahme von der Regel, daß mit Ablauf der Beweisfrist für den Beweisführer alle diejenigen Beweismittel verloren sind, deren sich derselbe innerhalb der Beweisfrist in gehöriger Weise nicht bedient hat, weshalb sie denn streng zu erklären und auf andere ähnliche Fälle nicht auszudehnen sei. In anderen Rechtssachen dagegen, so mittelst Urthels vom 25. November 1841 in Sachen Höfterin und Gen. gegen Döhner, ferner mittelst Urthels vom 3. Mai 1845 in Sachen des Gütervertreters in Hönig's Nachlaßschuldenwesen gegen die Hönigin und mittelst Urthels vom 21. December 1854 in Sachen der Hohoffin gegen Götze sprach es aus, daß wenn ein bei dem Beweise angegebenes Rechtsmittel ohne Schuld des Beweisführers verloren gegangen, derselbe innerhalb sächsischer Frist von der Zeit an gerechnet, wo er von diesem Verluste Kenntniß erhalten, ein anderes, auch nicht gleichartiges Beweismittel an dessen Stelle setzen könne.

Bei Gelegenheit der Entscheidung in vorliegender Rechtssache hat das Oberappellationsgericht die verschiedenen Gründe, welche für und gegen diese Ansicht geltend gemacht werden können, wiederum in Erwägung gezogen und in dessen Folge sich von der Richtigkeit derselben zu überzeugen gehabt. Es war daher auf des Wiederbeklagten erste Beschwerde das vorige Urthel so, wie geschehen, abzuändern."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Joh. Christianen Säurig und Genossen gegen August Fritzsche, vom Monat September 1855.)

L.

4.

Nichtanwendbarkeit des Grundsatzes, pater est, quem justae nuptiae demonstrant, auf Kinder, welche vor dem Ablaufe der kürzesten Schwangerschaftsdauer in der Ehe geboren worden sind.

„Unter den Parteien ist nicht bestritten, daß die Klägerin mit ihrem jetzigen Ehemanne am 8. Mai 1851 getraut und von ihr das in der Klage bezeichnete Kind schon vier Monate darauf am 8. September desselben Jahres geboren worden ist.

Klägerin verlangt nun vom Beklagten unter der auf den Eid gestellten Behauptung:

> daß er, in der Zeit zwischen dem 182. und 302. Tage von gedachter Geburt an zurückgerechnet, sich zu wiederholten Malen fleischlich mit ihr vermischt habe.

einen, nach dem Vermögen des Beklagten, als des natürlichen Vaters jenes Kindes zu bemessenden Alimentationsbeitrag sammt Accessorien.

Der Klage ist durch die Hinweisung auf ein gerichtliches Zeugniß sub ⊙ die Behauptung inserirt, daß Beklagter sich nicht auf die

Rechtsregel: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, beziehen könne, weil der nachherige Ehemann der Klägerin dieser zuerst am 163. Tage vor der Geburt des Kindes fleischlich beigewohnt habe.

Auch ist der Klage ein kirchliches Zeugniß sub 𝔍 beigefügt, worin bestätigt wird, daß dem ernannten Ehemanne der Klägerin am 8. September 1851 von seiner Ehefrau ein Sohn geboren, und diesem bei der Taufe am 11. ejsd. die Namen: „Friedrich Theodor" beigelegt worden seien.

Nachdem Beklagter den ihm beigemessenen Beischlaf verneint, aber den darüber ihm angetragenen Eid zurückgegeben, erachtete die erste Instanz das Verlangen der Klägerin für schlüssig und erkannte, daß diese sowohl das beregte relatum zu schwören, als auch ihr replicatorisches Anführen:

> „wie sie innerhalb der Zeit vom 182. bis zum 302. Tage vor ihrer obgedachten Niederkunft mit ihrem Ehemanne den Beischlaf nicht vollzogen habe,

zu beweisen verbunden sei.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte nur die Klägerin um deswillen, weil ihr noch der Beweis einer Replik auferlegt worden sei. Es wurde aber dasselbe in zweiter Instanz bestätigt, auch die Klägerin in die Kosten des verzögerten Processes verurtheilt.

Gegenwärtig liegt nun eine anderweite Berufung der Klägerin vor, indem sie als Beschwerdepuncte aufstellt

a.,

daß es bei dem noch auf Beweis erkennenden Urthel erster Instanz verbleiben, sie auch

b.,

die Kosten der Appellation zu erstatten verbunden sein solle, während doch

c.,

zur Verurtheilung des Beklagten die Ableistung des referirten Eides Seiten der Klägerin genügen müsse.

Schon diese Darstellung der factischen Vorlagen giebt an die Hand, daß der von Beklagtem gegen die Statthaftigkeit der Klage daraus abgeleitete Einwand:

> daß nach dem Taufzeugnisse sub 𝔍 der Ehemann der Klägerin das fragliche Kind als ein ihm gebornes anerkannt habe,

dermalen eben so wenig wie überhaupt eine aus diesem Zeugnisse gegen den Anspruch der Klägerin zu entnehmende Einwendung Beachtung finden könne.

Denn es hat Beklagter gegen das Erkenntniß erster Instanz, welches die Klage für begründet erachtet und in dem beregten Taufzeugnisse kein derselben entgegentretendes Hinderniß erblickt, ein Rechtsmittel nicht eingewendet.

Wollte man aber auch, von dieser Rechtskraft ganz abgesehen, in dem Umstande, daß der Klägerin Ehemann anscheinend das von

seiner Ehefrau am 8. September 1851 geborne Kind als das seinige habe taufen und in das Kirchenbuch eintragen lassen, dem Kinde gegenüber, ein Anerkenntniß erblicken, welches der Vater nachher nicht anzufechten vermag, um dadurch dem Kinde die Rechte eines ehelichen zu entziehen, so würde doch ein dritter diese Handlung als ein ihm ertheiltes Anerkenntniß nicht geltend machen können, um dadurch den auf die Behauptung des fleischlichen Umganges mit der Mutter des Kindes gestützten Anspruch abzulehnen.

Dies würde, wie das Oberappellationsgericht schon in mehreren Fällen ausgesprochen, z. B. im Jahre 1854 in Sachen Grünerts gegen Müller, nur dann der Fall sein, wenn die Taufe des Kindes und die Eintragung in das Kirchenbuch als ein zwischen dem Ehemanne und dem Schwängerer der Mutter verhandeltes Geschäft, die Seiten des Ehemannes hierzu ertheilte Gestattung, als eine dem Schwängerer gegenüber abgegebene Erklärung, als ein gegen diesen ertheiltes Geständniß oder Anerkenntniß oder als eine aus der Handlung selbst nothwendig folgende Verzichtleistung zu betrachten wäre. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß einerseits das beregte Kirchenzeugniß seiner Fassung nach keineswegs mit Bestimmtheit nachweist, daß das fragliche Kind auf den Namen des Ehemannes der Klägerin getauft und in das Kirchenbuch eingetragen worden sei, und daß andererseits überhaupt auch nach Maaßgabe des gerichtlichen Zeugnisses sub ⊙ der Klägerin Ehemann nachgehends bei der Behörde der Legitimität dieses Kindes ausdrücklich widersprochen hat.

Es konnte daher aus allen diesen Gründen in voriger Instanz zu Gunsten des jetzigen Beklagten auf das beregte Kirchenzeugniß und auf die Verordnung vom 28. Mai 1850, einige Bestimmungen über die Taufe betreffend, nicht Bezug genommen werden.

Sonach bleibt nur noch die Frage zur Beantwortung übrig: ob im vorliegenden Falle die Klägerin die Rechtsregel: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, dergestalt gegen sich gelten lassen müsse, daß auf Grund der hieraus entspringenden Präsumtion ihr Ehemann bis zum Erweise des Gegentheils als der Vater des Kindes angesehen werden müsse und sie daher auch noch die ebengedachte Replik zu beweisen habe?

Diese Frage ist zu verneinen:

Das römische Recht stellt die mögliche Dauer der Schwangerschaft bis zur Geburt eines lebenden Kindes auf den Zeitraum vom 182. Tage bis zum Ablaufe des zehnten Monates der Erzeugung l. 3. §. 11. 12. Dig. de suis et legitim. her. (38. 16.) Dieser Zeitraum wird auch als maaßgebend erachtet, wo es sich um die Paternität eines Kindes handelt, wie sowohl aus den so eben citirten Stellen der Pandecten als aus den Worten der

l. 12. Dig. de statu hominum (1. 5.): septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum

est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse,

unzweifelhaft hervorgeht.

Wenn also innerhalb dieser Periode, oder innerhalb eines Theiles derselben die Mutter eines Kindes in der Ehe gelebt hat, dann ist der Ehemann präsumtiv Vater des Kindes und es ist nur auf diese Voraussetzung die Rechtsregel: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, zu beschränken. Mit Recht wird daher dieselbe von

Sintenis, das practisch-gemeine Civilrecht, 3. Bd. §. 138.

auf den Satz: daß alle in stehender Ehe von der Frau empfangene Kinder als vom Manne erzeugt betrachtet werden sollen, reducirt, während andere Interpreten des römischen Rechts hieraus überhaupt folgende Sätze:

daß, wenn ein Kind wenigstens am 182. Tage nach eingegangener Ehe geboren worden, die Vermuthung für dessen eheliche Geburt, jedoch wenn es vorher geboren worden, die Vermuthung wider dessen eheliche Geburt streite,

Thibaut, System des Pandectenrechts, 8. Ausgabe, §. 259.

oder: daß die ebengedachte Präsumtion für und wider den Vater gelte, so daß jeder Theil sich darauf berufen könne, der ein Interesse dabei habe,

von Savigny, System des heutig. römischen Rechts, 2. Bd. p. 389.

abgeleitet haben.

Jedenfalls ist sonach die Anwendung obiger Rechtsregel da ausgeschlossen, wo das Kind vor dem 182. Tage nach eingegangener Ehe geboren wird.

Die Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht,

cfr. Berger, Oecon. jur. Lib. I. tit. II. nr. 2.

pflegen, wie dies auch in voriger Instanz geschehen, sich auf

c. 11. Cod. de natural. liberis (5. 27.) die nov. 89. cap. 8.

und neuerdings auf §. 14. des Allodialerbfolgegesetzes vom 31. Januar 1829 zu beziehen.

Allein es ist hierbei in der

Abhandlung Nr. XIV. in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwalt. N. F. 6. Bd. pag. 481 flg.

des Speciellsten nachgewiesen, daß die beregten Stellen des römischen Rechts nur den Fall einer legitimatio per subsequens matrimonium vor Augen haben und davon ausgehen, wie das unbestritten von dem Ehemanne gezeugte Kind auch dann, wenn erst nach der Zeugung der Vater die Mutter geheirathet, für dessen legitimes gelten solle. Hieraus kann mithin nur soviel folgen, daß bei einem vor dem 182. Tage nach geschlossener Ehe gebornen Kinde des Ehegatten Anerkennung den mangelnden Zeitraum zu ersetzen, überhaupt die Anerkennung des Vaters gewisse der Legitimität entgegenstehende Mängel zu heilen vermag.

cfr. Thibaut, l. cit.
v. Savigny, l. cit. not. f.
Sintenis, l. cit. not. 11.
Excurse über das im Königreiche Sachsen gültige Civilrecht, 1. Abth. pag. 66. 67.

Nur für Fälle dieser Art ist zu Gunsten der Kinder die Bestimmung getroffen: ut non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur.

Und auf derselben Rücksicht beruht die Bestimmung in §. 14. des Allodialerbgesetzes vom 31. Januar 1829,

daß für eheliche Abkömmlinge zu achten sein sollen alle aus einer durch priesterliche Trauung vollzogenen Ehe Gezeugte oder Geborne,

indem auch nach dieser Fassung immer noch die Paternität des Ehemannes vorausgesetzt sein kann,

cfr. Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1854, pag. 414.

und als vorausgesetzt um so mehr angenommen werden muß, als damit das sächsische Recht nur mit den Bestimmungen des gemeinen Rechtes in Einklang geblieben ist, welche es insbesondere noch durch

das Rescript vom 27. Februar 1635, C. A. I. pag. 1033.

anerkannt hat, indem es die Thatsache, daß eine Ehefrau im 7. Monate nach eingegangener Ehe geboren, als den Grund bezeichnet, weshalb der partus für ein legitimus zu erachten und die Ehefrau mit der damals noch für außereheliche Schwängerungen bestandenen Strafe zu verschonen gewesen sei.

Wenn nun bereits oben gezeigt worden, daß der gegenwärtige Beklagte auf ein von der Klägerin Ehemanne erfolgtes Anerkenntniß der Paternität des von dieser am 8. September 1851 gebornen Kindes zu Ablehnung der gegen ihn geltend gemachten Ansprüche sich nicht beziehen könne, wenn ferner auch die Rechtsregel pater est, quem justae nuptiae demonstrant an sich gegenüber dem Ehemanne der Klägerin bei der so kurze Zeit nach Eingehung der Ehe erfolgten Geburt nicht eintritt, also eine Präsumtion, daß dieser der Vater des Kindes sei, gar nicht vorliegt, so hatte auch Klägerin nicht nöthig, zu Beseitigung dieser Präsumtion ihrer Klage eine entsprechende Replik zu inseriren, oder dieselbe, wenn sie es gleichwohl gethan, zu beweisen.

Unter diesen Umständen kann die nach Ausweis der Beifuge sub ⊙ von der Klägerin Ehemann abgegebene Erklärung: wie er sich mit der Klägerin das erste Mal am 163. Tage vor der erfolgten Geburt des Kindes fleischlich vermischt habe, nur als ein für die Beurtheilung der Sache ganz irrelevantes Geständniß angesehen werden. Es war deshalb auch Klägerin mit dem ihr in den früheren Instanzen auferlegten Beweise eines replicatorischen Anführens zu verschonen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen W. verehel. H. gegen H. R., vom Monat September 1855.) L.

5.

Zur Erklärung des Art. 83. der allgem. d. W.-O.

„Das Oberappellationsgericht hat in der fol. — Act. sub Rep. IIa. Lit. S. Nr. 64. angezogenen Rechtssache Carl Friedrich Rudolphs gegen Johann Buchner (Nr. 111/158. III. 1853) sich Inhalts der in Abschrift beiliegenden Entscheidungsgründe bereits ausführlich dahin ausgesprochen, daß bei Wechseln, welche vor der mittelst Gesetzes vom 25. April 1849 in Sachsen erfolgten Publication der deutschen Wechselordnung ausgestellt und verfallen, aber zur Zeit dieser Publication noch nicht verjährt gewesen, in Ansehung der Verjährungsfragen nicht den Vorschriften des älteren Wechselrechts, sondern den durch die neue Wechselordnung bestimmten, von da als gültig zu betrachtenden, nachzugehen ist.

Nun ist zwar das damals vorgelegene Rechtsverhältniß von dem gegenwärtigen insofern verschieden, als der fol. — in Abschrift befindliche Wechsel zur Zeit der sec. fol. — erst am 30. Januar 1854 angestellten Klage, sowohl nach älterem als neuerem Rechte unzweifelhaft bereits verjährt war, und aus solchem nicht der wechselmäßige Regreß erhoben worden, vielmehr es sich in Betreff desselben darum handelt, ob die frühere oder spätere Gesetzgebung Platz zu greifen habe, wenn jene (das Oberlausitzer Wechselmandat vom 16. November 1776, §. 17.) aus einem dergleichen verjährten, dann als Obligation geltenden Wechsel eine Rechtsverfolgung noch zuläßt, welche diese (Art. 83. der deutschen Wechselordnung) in gleicher Maaße keineswegs für statthaft ansieht; allein die in den obigen Rationen enthaltenen Grundsätze hinsichtlich der Klagenverjährung bei Eintritt eines neuen Gesetzes finden auch im vorliegenden Falle vollständig Anwendung. Denn ist in deren Gemäßheit anzunehmen, daß die Verjährung jenes Wechsels, welcher zur Michaelismesse 1848 zahlbar, also beim Erscheinen der deutschen Wechselordnung noch nicht präjudicirt war, nach den Vorschriften der letzteren zu beurtheilen sein würde, so muß ebenso bei Entscheidung der obigen Frage, ob, wenn diese Verjährung bereits erfolgt ist, noch executive aus demselben geklagt werden könne, oder nun die Vorschriften des neuen Gesetzes einzutreten haben, der Ansicht beigestimmt werden, welche bereits fol. — ausführlich gerechtfertigt worden ist. Es findet auch solche, schon in demjenigen vollkommene Begründung, was in besagtem Artikel über das Klagrecht des Wechselgläubigers disponirt worden, wenn man damit §. 10. der Ausführungsverordnung vom 23. April 1849 in Verbindung bringt. Mit dem Wechselgeschäfte als solchem und mit der bei demselben von dem Aussteller des Wechsels übernommenen Garantie für die Bonität steht es nämlich an sich gar nicht in unmittelbarem Zusammenhange, ob, wenn bei ersterem wegen Nichtbeachtung der dafür geltenden Formalien, oder der hinsichtlich der wechsel-

mäßigen Verbindlichkeit des Ausstellers bestimmten Verjährungszeit an dem aus dem Wechsel zuständigen Regresse eine Versäumniß eingetreten, dem auch in der L. 14. D. de condict. indebiti (12. 6.) ausgesprochenen Principe gemäß, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern solle, die verletzte Partei noch einen Anspruch auf Ersatz der Schäden nach Höhe der auf Seiten des Beklagten erfolgten Bereicherung zu erheben befugt sei, sondern es beruht solcher auf allgemeinen, im Civilrechte geltenden, nicht auf wechselrechtlichen Vorschriften, und dessen im Wege des ordentlichen Processes zu bewirkende Ausführung ist nach eben den Erfordernissen zu beurtheilen, wie jede andere auf Schädenvergütung gerichtete Klage. Der gedachte Art. 83. der deutschen Wechselordnung enthält daher eigentlich nichts, was der Vermittelung durch die Wechselgesetzgebung bedurft hätte, und wofür innerhalb der Grenzen desselben über die obige Frage Vorsehung zu treffen gewesen wäre.

Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 1. S. 118.

Ist nun demungeachtet in nurgedachtem Artikel die fol. — ausgehobene Bestimmung aufgenommen worden, daß mit dem Ablaufe der Wechselverjährung auch die Verbindlichkeit des Ausstellers oder Acceptanten wenigstens in der Regel für erloschen zu achten, und nur noch die Ausführung der der lädirten Partei durch Bereicherung des Gegentheils erwachsenen Schäden zuzulassen sei; so war damit die obige Vorschrift des Oberlausitzer Wechselmandats, daß aus einem verjährten eigenen Wechsel noch in der Eigenschaft einer Obligation solle geklagt werden können, gänzlich unvereinbar, und es hätten daher offenbar in §. 10. der erwähnten Ausführungsverordnung alle damals in Sachsen geltende Gesetze über Wechsel oder Wechselrecht (wohin das gedachte Wechselmandat gehört) gar nicht außer Kraft gesetzt werden **können**, wenn hinsichtlich der fraglichen Disposition eine Ausnahme zu machen in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hätte, zumal solche in anderer Beziehung wirklich gemacht worden ist. Daß zufolge jenes Artikels 83. der ursprüngliche Wechsel oder das Accept nach dem Erscheinen der Wechselordnung nicht weiter als Schuldschein benutzt werden könne, wird übrigens auch in den Schriften über das neue Wechselrecht übereinstimmend angenommen.

Bluntschli, die allgemeine deutsche Wechselordnung, S. 127.
Brauer, die allgem. deutsche Wechselordn., S. 141. sub 2.
Renaud, Lehrbuch d. gem. deutsch., sowie des in der allgemein. deutsch. Wechselordnung enthaltenen Wechselrechts, §. 88. Anmerk. 2.

Hierdurch stellen sich die von Klägerm erhobenen Einwendungen als unerheblich dar, und es gilt dies namentlich in der Hinsicht, daß der fragliche Wechsel vor Einführung mehrbesagter Wechselordnung nicht nur ausgestellt, sondern auch fällig und zahlbar war. Denn auch auf diese, von welchen §. 11. des Einführungsgesetzes nicht handelt, sind, wie die Eingangs gedachten Entscheidungsgründe an die Hand

geben, nicht die Grundsätze des ältern Wechselrechts, sondern die des neuern in Ansehung der Verjährungsfrage anzuwenden, nach welchen für Klagen aus dem Wechsel auf Rembourfirung die im Art. 78. sub 1. und in Verbindung mit Art. 98. sub 10. festgesetzte Verjährungsfrist bestimmt, nach deren Ablauf aber nur noch die in §. 83. nachgelassene Ausführung statthaft ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen August Bähr's gegen Christian Friedrich Stübner, vom Monat September 1855.) L.

6.

Die ademtio legati ist an keine Form gebunden.

„Zwar behauptet Kläger Bl. — daß, wenn auch wirklich ein derartiger Hergang*) stattgefunden haben sollte, damit doch nicht die Einrechnung seiner Arztrechnung in das Legat gültiger Weise verfügt worden sei; denn, weil bei der Testamentserrichtung an eine Aufrechnung des Legates mit seiner Forderung nicht gedacht, ein hierauf bezüglicher Wille des Testators vielmehr erst nach der Testamentserrichtung ausgesprochen worden sei, komme dies auf eine mutatio testamenti (richtiger eine theilweise ademtio legati) hinaus, die darum gegen ihn keine Wirksamkeit habe, weil diese, wie die Testamentserrichtung selbst, an gewisse Formen gebunden sei, die nach des Beklagten eignem Anführen nicht beobachtet worden seien.

Allein es findet der zweite Satz in den Rechten keine Begründung, wenn man auch in jener Erklärung des Erblassers eine wirkliche theilweise ademtio legati — und es ist dieses die für Beklagtens Stellung zulässige nachtheiligste Subsumtion — erblicken will.

Denn in der That ist der Widerruf der Vermächtnisse an keine Form gebunden,

Die einschlagenden Stellen des römischen Rechts, insbesondere

l. 3. §. 11. D. de adim. vel transfer. leg. (34. 4.)

non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. Unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur? Et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videri, quod relictum est, sin autem levis offensa, manet fideicommissum. und

l. 27. C. de fideicomm. (6 42.)

fideicommissum ejus, qui reliquerat poenitentia probata, successores nunquam praestare compelluntur,

*) Der Beklagte hatte nämlich dem Kläger, welcher von ihm Bezahlung seiner ärztlichen Liquidation wegen Behandlung seines Erblassers forderte, die Ausflucht entgegengesetzt, daß Kläger im Testamente des gedachten Erblassers mit einem die Forderung weit übersteigenden Legate bedacht worden sei, und der Testirer ihm, Beklagten, am Tage nach der Testamentserrichtung auf Befragen erklärt habe, mit dem Legate solle zugleich die Forderung Klägers abgemacht sein.

sind in dieser Beziehung bestimmt und lassen eine gegentheilige Auslegung um so weniger zu, als hiernach selbst blos äußere Umstände, aus welchen eine Willensänderung nur geschlossen werden kann, und wenn gleich eine ademtio legati weder durch Wort noch durch That ausdrücklich zu erkennen gegeben werden, z. B. eine zwischen dem Testator und Legatar nachgehends entstandene schwere Feindschaft — inimicitiae capitales vel gravissimae — das Vorhandensein einer ademtio statuiren. Denn es leuchtet ein, daß es sich hier um eine Feindschaft zwischen dem Erblasser und dem Honorirten handelt, welche erst nach dem Tode des Ersteren zur Sprache gebracht worden ist, weil die Gesetzesstelle auf einen vermuthlichen Widerruf hinweist, welcher bei Lebzeiten des Testators, der seine Willensänderung jeden Augenblik ausdrücklich zu erkennen zu geben in der Lage ist, nicht füglich in Frage gelangen kann. Ebenso beurkundet die zweite Stelle, daß ein Vermächtniß schon dann als widerrufen zu betrachten ist, wenn der Honorirte blos den erweislichen Willen oder nur die veränderte Gesinnung des Erblassers wider sich hat,

cf. Sintenis, Civilrecht 3. Band pag. 732.

und es kann deshalb auch nicht so unbedingt für richtig erachtet werden, wenn einige Rechtslehrer zu der ausdrücklichen ademtio legati die Gegenwart zweier Zeugen, — wenn schon nicht solemnitatis causa, sondern nur des Beweises wegen — zu erfordern scheinen,

cf. Kind, quaestiones for. T. II. cap. 58. pag. 245.

Curtius, Handbuch rc. 3. Ausg. §. 793.

indem vielmehr nur in jedem einzelnen Falle nach den concreten Umständen das Vorhandensein des Beweises der ademtio zu bemessen sein wird.

Es hat deshalb auch die Bl. — vorgeschützte Exception um deswillen nicht für unstatthaft angesehen werden können, weil die Zahl der Zeugen, vor denen der Erblasser die theilweise ademtio legati ausgesprochen haben soll, nicht bezeichnet ist, nach Bl. — sogar es den Anschein gewinnt, daß nur ein Zeuge dabei zugegen gewesen sei.

An diesen Dispositionen des römischen Rechts hat auch die Particulargesetzgebung nichts geändert.

Denn die 11. Decision vom Jahre 1746 verlangt nur bei dem Widerrufe eines solchen Vermächtnisses, welches der Testator in Gegenwart des Erben Jemandem zugewiesen, die Zuziehung von fünf Zeugen, und kann überhaupt nicht auf Vermächtnisse ausgedehnt werden, welche bei Gelegenheit eines unter den gesetzlichen Feierlichkeiten errichteten letzten Willens dritten Personen ausgesetzt worden sind.

Im vorliegenden Falle ist ohnedem vom Beklagten, daß er bei Aussetzung des Legates an den Kläger zugegen gewesen sei, Bl. — bestritten worden.

Die Anwendung der Decision auf den Widerruf der „nicht in Gegenwart des Erben“ ausgesetzten Legate erscheint aber um so zuverlässiger ausgeschlossen, als eines Theils die Motiven, aus denen jenes Gesetz hervorgegangen,

cf. Bauer, zur 11. Decision §. 15.

auf den Widerruf anderer Legate kein Anwenden finden, und andern Theils der Gesetzgeber sich nicht veranlaßt gesehen haben würde, die strengeren Solennitäten auf den speciellen Fall zu beschränken.

Vielmehr ist im Gegensatze aus dem letzteren Umstande zu entnehmen, daß dem Widerrufe anderer Vermächtnisse es dieser Feierlichkeit nicht bedürfen soll.

Kind, l. c. pag. 245.

Wie es daher insoweit die sächsische Gesetzgebung bei den Vorschriften des römischen Rechts bewenden lassen, so ergiebt sich dies auch noch aus der Decision Nr. I. des Mandates vom 30. März 1822, welche die von Kind, cap. 58. angeregte Quästion entscheidet und zum Widerrufe einer Schenkung auf den Todesfall eine jede, auch ohne Feierlichkeit geschehene, Willensmeinung für hinlänglich erachtet, noch um so bestimmter, als die Schenkungen auf den Todesfall schon durch Justinian in allen Beziehungen überhaupt den Vermächtnissen gleichgestellt sind, und die Meinung des Klägers Bl. —, daß zu Schenkungen auf den Todesfall es überhaupt keiner Feierlichkeit bedürfe, unrichtig ist,

cf. l. ult. C. de mortis causa don. (8. 57.)

mithin auch seiner Schlußfolgerung, daß die Schenkungen auf den Todesfall nicht mit den Vermächtnissen in gleiche Linie gestellt werden könnten, nicht beigetreten werden kann.

Mit Recht ist daher dem Beklagten der Beweis seines exceptivischen Vorbringens Bl. — nachgelassen worden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Wächsler gegen Barth, vom 4. August 1855.) δ.

7.

Von welchem Zeitpunkte an ist der Anfang des Concurses zu rechnen, wenn derselbe zu einem Nachlasse ausbricht?

„Auch das Oberappellationsgericht hat die Ansicht festgehalten, daß, wenn zu einem Nachlasse ein Creditwesen ausbricht, der Anfang desselben, wenn nicht schon vorher im Interesse der Nachlaßgläubiger dem entsprechende gerichtliche Maaßregeln ergriffen werden, nicht vom Todestage des Verstorbenen, sondern von da an zu berechnen sei, wo die Erben vom Nachlasse sich losgesagt haben und das Gericht die Eröffnung des Concurses beschlossen; eine ausreichende Veranlassung aber, welche nach den in Frage stehenden Verhältnissen eine Abweichung von dieser Meinung rechtfertigen könnte, liegt um so weniger vor, als erst in Folge des nachtheiligen Resultats, welches sich durch die am 13. Juli 1852 vorgenommene Subhastation des Ritterguts B. ergeben, die Insolvenz des gedachten Nachlasses sich zu Tage gelegt hat, und nach der darauf geschehenen Lossagung der Erben von dem-

selben unterm 20. November 1852 die Concurseröffnung resolvirt worden ist."

(Urthel des O.-A.-G. im Lamm'schen Nachlaßcreditwesen, vom 7. August 1855.) d.

8.

Zur Lehre vom Schadenersatze, mit besondrer Beziehung auf das Verbrechen des Aufruhrs.

„Beklagter bestreitet seine solidarische Verpflichtung zum Ersatze der libellirten Brandschäden Blt. — hauptsächlich aus dem Grunde, weil es zwischen den ihm beigemessenen Handlungen und der Entstehung der in der Klage erwähnten Brandschäden an jedem ursachlichen Zusammenhange fehle; ein dolus, nämlich eine auf die Brandstiftung selbst gerichtete Absicht, sei ihm nicht schuld gegeben worden; eine culpa falle ihm ebenfalls nicht zur Last, weil er nicht habe voraussehen und voraussetzen können, daß bei dem im Monat Mai des Jahres 1849 in Dresden ausgebrochenen Aufruhre eine Brandstiftung vorkommen könne; auch sei in der Klage nicht einmal behauptet worden, daß die von Waldheim nach Dresden abgegangenen Zuzügler bei diesen Brandstiftungen irgend wie sich betheiligt hätten. —

Dieser Argumentation des Beklagten ist aber auch in gegenwärtiger Instanz nicht beizupflichten, vielmehr die Klage aufrecht zu erhalten gewesen. Nach den bei dieser Frage maaßgebenden Bestimmungen des römischen Rechtes ist die Verbindlichkeit zum Schadenersatze schon im Allgemeinen nicht blos in der Person dessen begründet, welcher den Schaden durch seine eigene, unmittelbare Handlung hervorgebracht hat; sondern es ist auch derjenige als ersatzpflichtig zu betrachten, welcher durch seine Handlungsweise die mittelbare Veranlassung zur Beschädigung gegeben hat, qui damni causam, occasionem praestitit. (§. ult. I. de l. Aq. 4. 3., l. 7. §. 6., l. 11. §. 1., l. 49. pr. D. ad leg. Aquiliam 9. 2.)

Es ist dabei zur Begründung dieser Ersatzpflicht nicht einmal schlechthin erforderlich, daß der Anstifter die eingetretene Beschädigung als etwas Gewöhnliches oder Nothwendiges habe voraussehen müssen, denn die Verbindlichkeit zum Schadenersatze kann auch dann eintreten, wenn die Beschädigung erst durch die Mitwirkung einer freien Naturkraft oder eines andern, nicht unbedingt vorauszusehenden Ereignisses herbeigeführt worden ist. Nothwendig für die Begründung der Ersatzpflicht ist es allerdings, daß die Handlung eine widerrechtliche, auf dolus oder culpa beruhende sei, und daß zwischen derselben und der Entstehung eines Schadens ein ursächlicher Zusammenhang stattgefunden habe; allein in ersterer Beziehung ist zu gedenken, daß bei der Verpflichtung zum Schadenersatze außerhalb der Vertragsverhältnisse auch der geringste Grad der Verschuldung in Betracht gelangt,

l. 44. pr. D. ad l. Aq. 9. 2. (in lege Aquilia et levissima culpa venit);

in letzterer Hinsicht aber ist es als ausreichend zu betrachten, wenn angenommen werden kann, daß durch die widerrechtliche Handlung einer oder mehrerer Personen erst die Möglichkeit entstanden sei, daß, nach Befinden unter der Mitwirkung noch anderer Umstände, eine Beschädigung eintreten könne. Ebensowenig ist es nach gemeinem Rechte zu bezweifeln, daß, wenn mehrere Personen sich bei einer strafbaren oder positiv rechtswidrigen Handlung betheiligt haben, der hierdurch unmittelbar oder mittelbar veranlaßte Schaden von jedem einzelnen in ungetheilter Hand vertreten werden müsse,

l. 11, §. 4. D. ad leg. Aq. 9. 3. l. 14., §. 15. D. quod metus causa, 4. 2.

l. 1. §. 10., l. 2, 3. D. de his qui effud. 9. 3.

l. 1. C. de cond. furtiva.

und daß hierbei das mit dem einem der mehreren Schädenpflichtigen etwa getroffene Abkommen die Verbindlichkeit der übrigen gegen den Beschädigten nicht, sondern nur die wirklich erfolgte Ersatzleistung, in soweit diese geschehen ist, aufhebt.

Bei der Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze auf die Schäden, welche durch einen verbrecherischen Aufruhr, insbesondere durch den Maianfstand zu Dresden im Jahre 1849 und durch die, in Folge desselben stattgefundenen Straßen- und Barrikadenkämpfe an Staats- und Privateigenthum verursacht worden sind, ist allerdings davon auszugehen, daß dieser Aufstand sich in seiner Entstehung und seinem Fortgange als ein organisirtes Ganze darstellt und daß dieses verbrecherische Unternehmen nicht anders zu beginnen und fortzuführen war, als wenn die Anstifter und Rädelsführer desselben auf die Betheiligung und die thätige Mitwirkung einer großen Anzahl einzelner Personen rechnen konnten und diese thätige Betheiligung sodann auch wirklich eintrat. Es ist also die civilrechtliche und solidarische Verpflichtung zum Schadenersatze nicht allein auf diejenigen zu beschränken, welche das ganze Unternehmen hervorgerufen und geleitet, oder die einzelne schadenbringende Handlung angeordnet oder mit handhafter That ausgeführt, sondern es kann diese Verbindlichkeit bei allen Platz ergreifen, welche sich überhaupt an diesem Aufstande in thätiger Weise betheiligt, durch ihre Handlungsweise das Ganze unterstützt und dazu beigetragen haben, daß der als causa oder occasio damni zu betrachtende Kampf der Insurgenten gegen die gesetzliche Gewalt eingegangen und fortgeführt werden konnte.

Von diesem Gesichtspuncte aus betrachtet gehört allerdings die Organisation, Beförderung, Ausrüstung eines Zuzugs, der, wie in der vorliegenden Klage behauptet worden ist, in Dresden noch während des Aufstandes eingetroffen ist, sich den Aufständischen angeschlossen, deren Streitkräfte vermehrt und selbst am Kampfe Theil genommen hat, zu denjenigen Handlungen, welche die civilrechtliche Verpflichtung zum Ersatze eines Schadens begründen kann, wenn sich die Beschädigung während der Anwesenheit der Zuzügler ereignet hat und

als eine Folge des Aufstandes anzusehen ist, und wenn in bereits gedachter Maaße hierbei auch der geringste Grad einer Verschuldung in Anschlag kommt, so kann sich der Beklagte mit dem Einwande nicht schützen, daß er die fraglichen Brandstiftungen nicht gewollt oder nicht vorausgesetzt habe.

Aus diesen Gründen, welche mit denen der vorigen Instanz und den in andern ähnlichen Fällen von dem Königl. Oberappellationsgerichte befolgten Ansichten übereinstimmen, hat das Erkenntniß auf Beweis des geleugneten Klagegrundes bestätigt werden müssen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen des Actors der Brandversicherungsanstalt gegen Schulze, vom 2. August 1855.)

δ.

9.

Zur Lehre von der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher.

„Das Anverlangen des Klägers, daß ihm, als Besitzer des zu M. unter Nr. 9. Cat. gelegenen Bauergutes, der Beklagte als Besitzer des im Grund- und Hypotheken-Buche für M. auf fol. — eingetragenen Feldstücks einen jährlichen Aversionalbeitrag von 3 Thlr. 2 Ngr. 5 Pf. zu den Reallasten, noch außer gewissen in der Klage speciell bezeichneten andern Beiträgen zu gewähren habe, ist auf einen doppelten Klaggrund gestützt. Zuvörderst glaubt Kläger mit Beziehung auf §. 22. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 seinen Anspruch durch das Anführen begründet:

daß die fragliche Reallast im Grund- und Hypothekenbuche auf dem Folium des Beklagten in der angegebenen Weise ohne Beschränkung eingetragen sei;

daß dieß geschehen sei, bevor er, Kläger, das berechtigte Gut erkauft habe, beziehentlich als dessen Eigenthümer in dem Grund- und Hypothekenbuche eingetragen worden sei;

daß mithin ihm, als drittem Besitzer, der dieses Recht im Vertrauen auf die Richtigkeit der Einträge erworben habe, vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothenbuchs Seiten des Besitzers des belasteten Grundstücks die Entrichtung dieses Beitrags nicht verweigert werden könne.

Es ist auch in jetziger Instanz die Statthaftigkeit dieses Klaggrundes aus folgenden Gründen anerkannt worden:

Das in §. 22. des Gesetzes vom 6. November 1843 ausgesprochene und als die Basis aller einzelnen Vorschriften des Gesetzes angenommene Princip der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher bringt es mit sich, daß, wie schon von

Heyne, im Commentar, §. 5. pag. 14 flg.

ausgeführt worden, Jeder nach den im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträgen sich unbedingt muß richten können, daß ihm nicht anzusinnen ist, die betreffenden Unterlagen einzusehen, um sich zu

überzeugen: ob die fragliche Eintragung gehörig fundirt sei? und daß daher gegen den dritten redlichen Inhaber eines eingetragenen Rechtes, auch wenn der Eintrag ein unstatthafter oder ungültiger ist, gleichwohl eine Nichtigkeit desselben auf keine Weise zu statuiren ist.

Wie daher Alles dasjenige, was in dem Hypothekenbuche in Bezug auf das Eigenthum oder sonstige dingliche Recht enthalten ist, als rechtlich feststehend anzusehen ist, so kann auch gegen die Person, welche ein derartiges, im Hypothekenbuche schon eingetragenes Recht erwirbt, in Bezug auf dieses Recht irgend eine Einwendung oder Ausstellung nicht mehr gemacht werden, dafern nur Erstere in gutem Glauben gehandelt hat.

Die aus der im §. 22. des Gesetzes anerkannten Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher entlehnten, im §. 23. aufgestellten Beispiele sind zum Theil namentlich auch für den vorliegenden Fall anwendbar, insofern z. B. nach Nr. 4. der hypothekarische Schuldner die Einrede der Bezahlung oder des Erlöschens einer eingetragenen Forderung gegen den eingetragenen dritten, welcher die Forderung im guten Glauben erworben hat, nicht gebrauchen kann, und kein Grund abzusehen ist: weshalb in soweit derjenige, auf dessen Grundstücksfolium eine Geldprästation als Reallast eingetragen ist, nicht dem hypothekarischen Schuldner gleichgestellt sein sollte?

Der neue Erwerber eines Grundstücks, in welches von einem andern Grundstücke ein gewisser jährlicher, auf dem Grundstücke des Verpflichteten ohne Widerspruchsbemerkung oder Beschränkung eingetragener Erbzins zu entrichten ist, kann daher auch nicht dem Einwande des Besitzers des belasteten Grundstücks, daß der Vertrag, auf welchem die Verbindlichkeit zu Entrichtung des Zinses beruhe, ungültig sei, oder seine Gültigkeit verloren habe, ausgesetzt sein, er ist vielmehr ohne Rücksicht darauf, ob die Bestellung des Erbzinses eine gültige gewesen, oder derselbe nachgehends in Wegfall gelangt ist oder nicht, denselben auf Grund des in §. 22. aufgestellten Princips zu fordern berechtigt.

cfr. Heyne, l. c. pag. 148. sub Nr. 4.

Es konnte auch im vorliegenden Falle, so weit der Klaggrund aus der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher entlehnt worden, der Wegfall dieser Leistung nicht mit Beziehung auf das Gesetz vom 9. September 1843, die Einführung des neuen Grundsteuersystems betr., gefolgert werden, da der in §. 6. des gedachten Gesetzes erwähnte Wegfall mehrerer Leistungen nur auf Steuern und Abgaben, so früher vom Grundeigenthume an die Staatscasse zu bezahlen gewesen sind, sich bezieht, während im vorliegenden Falle es sich um einen Beitrag zu den Reallasten, von welchen die Staatsabgaben zu unterscheiden sind, handelt.

Auch die Bl. — vorgeschützte Ausflucht der Transaction mit dem Vorbesitzer Klägers kann, gegenüber dem aus der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher entnommenen ersteren Klaggrunde, abgesehen

davon, daß nach der etwas generellen Darstellung Beklagtens die zwischen ihm und Klägers Vorbesitzerm, W—, angeblich getroffene Vereinigung weniger auf eine fortdauernde Befreiung seines Grundstücks, als auf die concreten persönlichen Verhältnisse während der Besitzzeit W—'s gerichtet gewesen zu sein scheint, eben so wenig wie die Bl. — vorgeschützte Ausflucht, daß gegen den zu bezahlenden Aversionalbetrag der Besitzer des berechtigten Grundstücks zu einer Gegenleistung, insbesondere zu Uebertragung gewisser Reallasten verpflichtet gewesen sei, gegen den jetzigen Kläger in Betracht kommen; denn auch hier steht dem letzteren zur Seite, daß er eine ganz unbeschränkte Berechtigung im guten Glauben und im Vertrauen auf die Richtigkeit der Hypothekenbücher in dem Umfange, wie sie in den letzteren eingetragen, erworben hat, und daß ihm dieser Rechtszustand vermöge der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach §§. 22., 23. des Gesetzes vom 6. November 1843 unversehrt erhalten werden muß, so lange nicht, was aber gegenwärtig Seiten Beklagtens ganz unterlassen worden, Thatsachen angeführt und nachgewiesen werden können, daß Kläger bei Erwerbung des berechtigten Grundstücks sich in Ansehung des geforderten Beitrages zu den Reallasten nicht im guten Glauben befunden habe."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Hellfahrt gegen Lohße, vom 9. August 1855.) 8.

10.

Das Zugeständniß der Stuprata, ein Andrer sei der Vater des außer der Ehe von ihr gebornen Kindes, ist dem Vormunde des letzteren gegenüber, wenn dieser Alimente für das Kind fordert, wirkungslos. — Alimenta praeterita kann der Vormund ohne Weiteres nicht einklagen. —

„Der Anspruch auf Gewährung verhältnißmäßiger Alimentationsbeiträge und eventuelle Bestreitung des Beerdigungsaufwandes steht nicht allein der Mutter eines außerehelichen Kindes, sondern auch dem letztern und beziehungsweise dessen Vormunde gegen den Stuprator zu. Die Ansprüche beider sind unabhängig von einander und eben deshalb kann ein Geständniß der Mutter in Bezug auf die streitige Alimentationsverbindlichkeit den Rechten des durch seinen Vormund gesetzlich vertretenen Kindes eben so wenig präjudiciren, als eine Verzichtleistung der Mutter auf ihre Ansprüche oder ein von dieser mit dem Stuprator ohne Zustimmung des Vormundes und der obervormundschaftlichen Behörde abgeschlossener Vergleich für das Kind und dessen Vormund so ohne Weiteres rechtsverbindliche Wirkungen zu äußern vermag. Sieht man aber die in der Registratur Bl. — enthaltene Erklärung der außerehelichen Mutter, daß nicht der Beklagte, sondern der Bl. — genannte L. der Vater des Kindes sei, dessen Alimentation jetzt von dem Vormunde gefordert wird, als das

Zeugniß einer dritten Person an, so hat dasselbe, wie die vorige Instanz richtig bemerkt, weil es ein unbeschwornes und formloses ist, keine Beweiskraft gegen den jetzigen Kläger, und nur ein liquides Zugeständniß des letzteren selbst, oder eine liquide proceßhindernde Ausflucht würde die Leistung des über den thatsächlichen Inhalt der Klage angetragenen und stillschweigend angenommenen Eides verüberflüssigen. Die Bl. — angezogene Entscheidung in einer andern Rechtssache paßt nicht auf den voliegenden Fall, weil aus der eignen Angabe des Beklagten hervorgeht, daß es sich dabei um eine Erklärung gehandelt hat, welche von der Klägerin selbst und nicht, wie hier, von einer dritten Person abgegeben worden war. 2c. Mit Fug ist also von den vorigen Instanzen auf das Bl. — geförmelte delatum über den behaupteten außerehelichen Beischlaf erkannt worden, und nur darin vermag das Königl. O.-A.-G. denselben nicht beizustimmen, daß die Klage auch in Ansehung der von der Geburt des Kindes an bis zur Behändigung der Klage verfallenen Alimentengelder aufrecht erhalten worden ist. Denn die auf die Vergangenheit zu leistenden Alimente kann nur derjenige verlangen, von welchem oder aus dessen Vermögen dieselben bestritten worden sind. Eine Präsumtion steht dem jetzigen Kläger hierbei nicht zur Seite; er mußte also zur Begründung seines Anspruchs auf die bis zur Behändigung der Klage verstandenen Alimentenbeiträge geeignete Thatsachen anführen, und das hat er unterlassen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Böttcher gegen Schröder, vom 7. August 1855.) δ.

11.

Die Ausflucht der bereits stattgefundenen Schwangerschaft der Stuprata befreit den Stuprator nicht von der wenigstens interimlstischen Gewährung von Alimenten.

„Weil die Beschwerde des Beklagten 2c. nur a. dagegen, daß das angefochtene Urthel den Gerichtsbescheid fol. —, durch welchen er auf Grund seines Zugeständnisses, am 9. Febernar 1853 mit der Klägerin sich fleischlich eingelassen zu haben, zu interimistischer Gewährung von Alimenten für das von der Klägerin am 24. August 1853 außer der Ehe geborne Kind bis zum Beweise seiner Ausflucht, daß Klägerin zur Zeit jenes Beischlafs bereits schwanger gewesen sei, für verpflichtet erachtet worden, bestätigt und b. eventuell gegen die Höhe des ihm auferlegten Alimentenbeitrags gerichtet ist, nun aber ad a. die Meinung, daß in einem Falle wie der vorliegende, der Beklagte als der präsumtive Vater des unehelichen Kindes, unbeschadet der weiteren rechtlichen Ausführung seiner Exception, zur interimistischen Alimentirung des Kindes anzuhalten sei, auch von dem O.-A.-G. angenommen ist, da für dieselbe ganz die nämlichen Gründe sprechen, auf welchen die desfallsigen Bl. — angezogenen Bestimmungen des römischen Rechtes bezüglich der ehelichen Kinder beruhen,

hiernächst ad b. x. x., so ist das gedachte Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Zubin gegen Kretzschmar, vom 9. August 1855.) δ.

12.

Das Anführen der getrennt lebenden Ehefrau, daß sie die Kinder allein erzogen habe und ferner erziehen wolle, begründet für sich allein noch nicht einen Anspruch an den ehelichen Vater der letzteren auf Ersatz der Alimente für die Vergangenheit und Gewährung der zukünftigen.

„Den in zweiter Instanz entwickelten Gründen hat man insgesammt beizutreten gehabt und bemerkt nur noch Folgendes: Auf der einen Seite ist zwar der eheliche Vater, wie auch der Beklagte nicht bestreitet, verpflichtet, seine Kinder zu ernähren und zu erziehen, auf der andern Seite ist er aber auch wiederum berechtigt zu verlangen, daß ihm die Kinder zur eignen Erziehung überlassen werden. Nur wenn Gründe vorliegen, die gegen die Ueberlassung der ehelichen Kinder zur Erziehung an den Vater sprechen, kann die competente Behörde nach erfolgter Cognition in dieser Beziehung etwas Anderes anordnen. Daß nun Gründe vorliegen, weshalb dem Beklagten die eigne Erziehung seiner schon im 9. und beziehentlich 10. Lebensjahre stehenden Kinder nicht überlassen werden könne, oder daß die competente Behörde angeordnet habe, die Kinder sollten bei der Mutter, der Klägerin, erzogen werden, ist in der Klage nicht angeführt worden. Eben so ist in der Klage nicht angeführt worden, daß Beklagter sich geweigert habe, die Kinder zur eignen Erziehung und Unterhaltung zu sich zu nehmen. Ein Grund, worauf gestützt die Klägerin sowohl für die Vergangenheit als für die Zukunft einen Alimentationsbeitrag von dem Beklagten verlangen könnte, ist mithin von der Klägerin in thatsächlicher Beziehung nicht angegeben worden. Es fehlt hiernach aber auch an einer Thatsache, auf die der in der Klage angetragene Eid gerichtet werden könnte. Der bloße Umstand, daß die Klägerin die mit dem Beklagten in der Ehe erzeugten Kinder nach der Scheidung der Ehe erzogen habe und ferner erziehen wolle, reicht nach den obangegebenen allgemeinen Grundsätzen über die Verpflichtung und Berechtigung des ehelichen Vaters nicht aus, um das Klaggesuch zu begründen x."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Nebrichin gegen Nebrich, vom 3. August 1855.) δ.

13.

Das Anführen, daß gewisse Verhandlungen, Vereinbarungen u. s. w. mit dem „Directorium" eines Vereines stattgefunden haben, ist für den Eidesantrag ungeeignet.

„Mit Recht ist von der vorigen Instanz eingehalten worden, daß

das Klagvorbringen mit Hinsicht auf den gebrauchten Eidesantrag als unschlüssig sich darstelle, weil Kläger, anstatt diejenigen Personen, welche mit Beklagtem verhandelt und bei Ausführung des Auftrags des letztern thätig gewesen, speciell und namentlich aufzuführen, in dem hier fraglichen Zusammenhange überall nur die allgemeine Behauptung aufgestellt haben, daß Beklagter mit dem klagenden „Directorium" verhandelt und dieses die durch seinen, Beklagtens, Auftrag nothwendig gewordenen Handlungen ausgeführt habe. Man kann der Ansicht der vorigen Instanz, daß insoweit kein für den Eidesantrag geeignetes Vorbringen vorliege, nur beistimmen. Denn der Ausdruck „Directorium" enthält an sich allerdings nur einen Begriff; und wer behauptet, daß er mit dem Directorium irgend eines Vereins verhandelt oder daß ein solches Directorium eine Handlung vorgenommen habe, spricht keine reine Thatsache, sondern eine blose Folgerung aus, deren Richtigkeit eben erst dadurch erkannt werden kann, wenn er die physische Person oder die mehreren physischen Personen, welche im concreten Falle ein solches Directorium bilden, namentlich bezeichnet und deren Eigenschaft als Directoren beibringt. Das Verhältniß ist, zumal wenn, wie im gegenwärtigen Falle nach der Kläger eignem Anführen stattfindet, ein solches Directorium aus einer Mehrzahl von Personen besteht, ganz analog dem, wo der Mitpaciscent eine juristische Person ist. Derjenige Theil, welcher sich auf einen mit einer solchen abgeschlossenen Vertrag bezieht, wird stets diejenigen physischen Personen, welche für die als das eigentliche Rechtssubject sich darstellende juristische Person zu handeln berechtigt sind, benennen müssen und dies, wenn die Klage auf den Eid gestellt worden, sofort in der Klage zu bewirken haben."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen der Directoren des Hähnicher Steinkohlenvereins gegen Moritz, vom 24. August 1855.)

δ.

14.

Durante matrimonio kann der Ehemann Forderungen an die Ehefrau von letzterer nur dann einklagen, wenn sie Receptitienvermögen besitzt.

„Während bestehender Ehe kann der Ehemann von der Ehefrau nur unter der Behauptung und dem Nachweise ihm zustehende Forderungen einklagen, daß letztere Receptitien besitze. Außerdem erscheint in Hinsicht auf das Verhältniß, in welchem der Ehemann als Inhaber des ihm inferirten eheweiblichen Vermögens sich befindet, die Geltendmachung von Ansprüchen des Ehemannes nur erst dann zulässig, wenn es zur Restitution des Einbringens kommt und solchenfalls der Ehemann sich compensando wegen seiner Forderungen bezahlt machen kann."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Engert gegen Engertin, vom 16. August 1855.)

δ.

15.

Die blose Thatsache des Arrestschlags begründet noch nicht das forum arresti. — Arrestschlag ist zulässig, wenn ein Ausländer mit einem Inländer contrahirt und im Inlande zu zahlen sich verpflichtet hat. — In wiefern ist die Notification an den Hauptschuldner nöthig?

„Wenn die zweite Instanz sagt, daß von der Frage, ob bei Ausbringung des fraglichen Arrestes die desfalls nöthigen Voraussetzungen vorhanden gewesen seien? ganz abgesehen werden könne, da nach dem Gesetze vom 26. October 1834 §. 17. der Gerichtsstand des Arrestes auch den Gerichtsstand für die Hauptsache begründe, somit es lediglich auf das Factum des Arrestschlages ankomme, so kann ihr allerdings nicht beigepflichtet werden. Indem das Gesetz jene Bestimmung traf, setzte es offenbar voraus und mußte es voraussetzen, daß das forum arresti selbst begründet sei, daß also diejenigen Bedingungen vorhanden seien, welche nach dem bestehenden Rechte zur Begründung desselben erforderlich sind. Daß das Gesetz in dieser Beziehung an dem früheren Rechte etwas habe ändern wollen, läßt sich aus dessen Worten schlechterdings nicht entnehmen, wohl aber ergiebt sich aus den Motiven des Gesetzes ganz klar, daß dadurch lediglich die Entscheidung der von dem Beklagten erwähnten Controverse bezweckt worden ist.

vgl. Landtagsacten vom Jahre 1833/34 Abth. I. Bd. III. S. 490 flg.

Indessen ist hiermit für den Beklagten nichts gewonnen, denn nach der A. P.-O. tit. LI. §. 1. soll der Arrestschlag unter andern auch dann verstattet und zuläßig sein, wenn ein Ausländer, welcher im Inlande nicht angesessen, mit einem Inländer contrahirt und im Inlande zu bezahlen sich verpflichtet hätte. Dieser Fall liegt vor. Beklagter ist, wie er selber zugiebt, Ausländer und er hat nicht behaupten mögen, daß er im Königreiche Sachsen possessionirt sei, ferner handelt es sich hier um eine Forderung für Druckarbeiten, welche Beklagter bei den Klägern bestellt und von ihnen geliefert erhalten; da nun die Kläger in Leipzig wohnhaft sind und dort ihre Druckerei besitzen, so ward Beklagter schon durch die Bestellung verbindlich, nach erfolgter Lieferung der bestellten Arbeiten den Klägern die Zahlung in Leipzig zu leisten, denn Zahlungen, welche in Gelde bestehen, müssen, wenn etwas Anderes hierunter nicht ausdrücklich ausgemacht ist, in der Regel dem Gläubiger in das Haus gebracht oder übersendet werden.

vgl. Curtius Handbuch §. 1633.

Da nun überdies Kläger durch Beibringung des Bl. — ersichtlichen, notariell beglaubigten Rechnungsauszugs aus ihren Handelsbüchern ihre Forderung an den Beklagten auf eine wenigstens für den fraglichen Zweck ausreichende Weise documentirt hatten, so war auch die verfügte Anlegung des Arrestes gerechtfertigt.

Nun bestreitet zwar der Beklagte die Legalität des hierbei von dem Gerichte eingeschlagenen Verfahrens namentlich deshalb, weil das Gericht unterlassen habe, auch ihm von der getroffenen Arrestverfügung Notification zu ertheilen und ihm seine Einwendungen dagegen vorzubehalten; allein mit Recht hat die vorige Instanz diesen Einwurf für unerheblich geachtet. Die 27. Decis. vom Jahre 1661 schrieb vor, es sollten die Gerichte, bei denen ein Verbot, dem Gläubiger (d. h. dem Schuldner des Arrestsuchenden) nichts auszuzahlen, gesucht werde, dasselbe dem Debitori communiciren und ihm auferlegen, sich mit seinem Gläubiger darüber zu vernehmen, und, was er dawider einzuwenden habe, binnen drei Wochen zu berichten. Von einer directen unmittelbaren Notification an den Hauptschuldner war also hier nicht die Rede. Dagegen ordnete das Rescript vom 19. Februar 1721 an, daß das Verbot nicht allein dem Hauptschuldner, da derselbe zugegen oder ihm sonst die Insinuation füglich geschehen könne, sondern auch zugleich dessen Debitori communicirt und beiden Theilen, was sie dawider einzuwenden, binnen drei Wochen zu berichten auferlegt werden sollte. Hierdurch wurde nun allerdings dem Gerichte eine unmittelbare Notification an den Hauptschuldner zur Pflicht gemacht, jedoch auch nicht unbedingt, sondern nur für den Fall, „da derselbe zugegen oder ihm sonst die Insinuation füglich geschehen könne". Daß Beklagter damals, wo das Verbot angelegt wurde, zugegen gewesen sei, hat er selbst ebensowenig behauptet, als daß den Klägern sein damaliger Aufenthaltsort bekannt gewesen sei. Hiernach muß man allerdings annehmen, daß es an der Füglichkeit gefehlt habe, ihm die Notification zu insinuiren, und zwar um so mehr, da, wenn man auch mit Hinsicht auf das beigebrachte Privatzeugniß so viel als gewiß annehmen könnte und wollte, daß die im Jahre 1847 unter Beklagtens Namen in Bremen errichtete Buchhandlung noch dermalen daselbst bestehe, doch daraus noch nicht folgen würde, daß Beklagter zu der Zeit, wo das fragliche Verbot erlassen worden, noch Inhaber dieser Buchhandlung gewesen sei. Auch hat die zweite Instanz mit Recht darauf hingewiesen, daß Beklagter ja mit der Klage von dem Arrestschlage Kenntniß erlangt habe und daß schon hierdurch der Vorschrift des erwähnten Rescriptes Genüge geschehen sei, indem dieses keine bestimmte Zeit festsetze, innerhalb welcher die Benachrichtigung an den Hauptschuldner zu erfolgen habe. Jedenfalls war nunmehr wenigstens dem Beklagten hinreichende Veranlassung gegeben, mit seinen etwaigen Einwendungen gegen jene gerichtliche Verfügung hervorzutreten und es würden solche Einwendungen nach Lage der Sache auch jetzt noch zu berücksichtigen gewesen sein, wenn sie überhaupt von Erheblichkeit wären. Nach alle dem erscheint im gegenwärtigen Falle die Competenz des gewählten fori vollkommen begründet. rc."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Breitkopf und Härtel gegen Schlodtmann, vom 25. August 1855.) δ.

16.

Wenn der eine Contrahent liquiderweise ohne freiwillige Mitwirkung dritter Personen seine ursprüngliche Vertragsverbindlichkeit nicht mehr zu erfüllen vermag, so kann nicht weiter auf Erfüllung des Vertrags, sondern nur auf Schadenersatz geklagt werden.

„Die Entscheidung der vorigen Instanz, wodurch die Klage in der angebrachten Maaße abgewiesen worden ist, geht von dem Grundsatze aus, daß die Säumniß des einen Contrahenten in der Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verpflichtungen, den Mitcontrahenten nicht ohne eine besondre, hierüber zum Voraus getroffene Bestimmung berechtige, den Vertrag für aufgehoben zu erachten und das seinerseits aus demselben bereits Geleistete zurückzufordern, so lange der säumige Theil die schuldige Leistung selbst noch zu gewähren im Stande sei; daß vielmehr unter dieser Voraussetzung zunächst auf Erfüllung des Vertrags geklagt und das Weitere eintretenden Falls der Execution des Erkenntnisses überlassen werden müsse.

Es mag nun dahin gestellt bleiben, ob hierbei dem Umstande, daß das fragliche Gut der Klägerin bereits übergeben und erst später durch nothwendige Subhastation derselben wieder entwährt worden ist, ein besonderer Einfluß beizulegen sein würde; denn es hat der Anwendung jenes Grundsatzes auf den gegenwärtigen Fall schon deshalb nicht beigetreten werden können, weil eben nach dem gerichtl. Zeugnisse Bl. — und der Erklärung beider Parteien Bl. — das von dem Beklagten an die Klägerin verkaufte Bauergut vom 30. Novbr. 1851 nothwendigerweise versteigert worden ist und der Beklagte selbst einräumt, daß er seitdem nicht wieder in den Civilbesitz dieses Gutes gelangt und jetzt außer Stande sei, der Klägerin das Civileigenthum an demselben zu verschaffen. In solchen Fällen aber, wo sich der säumige Contrahent liquidermaaßen nicht mehr in der Lage befindet, ohne die freiwillige Mitwirkung dritter Personen seiner ursprünglichen Vertragsverbindlichkeit vollständig nachzukommen, ist nach der Meinung des O.-A.-G. der Mitcontrahent weder berechtigt noch verpflichtet, auf Erfüllung dieses Vertrages durch Gewährung der zugesagten, nicht mehr in der Willkühr des Beklagten beruhenden Leistung zu klagen, sondern es tritt an die Stelle dieser Klage der Anspruch auf Ersatz des Schadens und nach Befinden des ganzen id, quod interest ein."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Vetterin gegen Härtel, vom 10. August 1855.) *8.*

17.

Was hat der Verkäufer eines Immobile zu thun, um seiner Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags zu genügen?

„Durch die Uebergabe des verkauften Immobile sammt Inventar, Vollziehung und Einreichung einer Kaufsurkunde bei der zuständigen

Grund- und Hypothekenbehörde, durch das gerichtliche Anerkenntniß der letztern und den ausdrücklichen Antrag auf Verlautbarung dieser Besitzveränderung im Grund- und Hypothekenbuche hat der Verkäufer eines Grundstückes in der Regel alles gethan, was ihm zur Erfüllung des Kaufvertrags und insbesondre zum Behufe der Uebertragung des Civileigenthums auf den Käufer der rechtlichen Natur des Vertrags und den Bestimmungen des Hypothekengesetzes vom 6. Novbr. 1843 §§. 18. 143. gegenüber, zu thun obliegt; denn nunmehr sind beide Contrahenten berechtigt zu verlangen und zu erwarten, daß der Grund- und Hypothekenrichter den nachgesuchten Eintrag zufolge der Vorschrift in §. 134. des angezogenen Gesetzes ungesäumt bewirken werde, sofern nicht besondere, aus einer Beschränkung des Verkäufers in der Disposition über das verkaufte Grundstück hervorgehende Hindernisse oder andere gegründete Bedenken dem erbetenen Eintrage entgegenstehen. Das Dasein solcher, insbesondere auch in der Person des Verkäufers begründeten Hindernisse kann aber, als etwas Thatsächliches, nicht präsumirt werden, sondern hätte von der Klägerin angeführt werden müssen, um dem erkennenden Richter die Ueberzeugung zu verschaffen, daß zunächst die Schuld des verzögerten Eintrages überhaupt, oder doch dem Mitcontrahenten gegenüber, lediglich dem Beklagten beizumessen sei."

(Urthel des O.-A.-G. in derselben Rechtssache.) δ.

18.

Zur Lehre von den präparatorischen Verträgen, mit besonderer Beziehung auf den Societätsvertrag.*)

„Die Frage, ob ein pactum praeparatorium oder de contrahendo verbindlich sei, kann im Allgemeinen weder unbedingt bejaht, noch unbedingt verneint werden. Die allgemeine Regel des deutschen Rechts, daß alle Verträge verbindlich seien, reicht zu deren Beurtheilung nicht aus, sondern es ist dabei das innere Wesen der Verträge, nach ihren verschiedenen Gattungen, wie es zum Theil schon im römischen Rechte sich ausgeprägt findet und auf der Natur der Sache beruht, in das Auge zu fassen. Derselbe Gerichtshof, von welchem die vorliegende Entscheidung zweiter Instanz gesprochen worden ist, hat in einer andern Rechtssache (Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Bd. 8. Seite 139) mit Recht auf die Bedenken hingewiesen, welche einer zu weiten Ausdehnung obiger Regel entgegenstehen, und sich dabei auf die Autorität eines neueren Lehrers des deutschen Rechts (Eichhorn, Einleit. in d. deutsche Privatrecht §. 92.) bezogen.

Es kommt hauptsächlich darauf an, ob die Bestimmungen, welche der Hauptvertrag erfordert, in dem vorbereitenden Vertrage bereits so genau ausgedrückt sind, daß es näherer Festsetzungen weiter nicht bedarf, sondern eine hinzukommende einfache Handlung ausreicht, um

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1855 S. 441 flg.

die Verbindlichkeit aus dem Hauptcontracte zu erzeugen. Wenn z. B. jemand verspricht, eine gewisse Geldsumme gegen gewisse jährliche Zinsen und zu einer gewissen Zeit zurückzahlbar als Darlehn anzunehmen (pactum de mutuo accipiendo), so sind die Bedingungen des Darlehns hiermit bereits festgestellt. Allein erst nachdem diesem Versprechen Genüge geschehen, und das Darlehn wirklich ausgezahlt ist, entsteht die Hauptverbindlichkeit ex mutuo, welche nunmehr dem Schuldner obliegt, das Darlehn zurückzuzahlen. Ebenso ist es mit dem Leihcontracte (commodatum) ingleichen mit dem Tauschvertrage und allen unbenannten Contracten des römischen Rechts, welche, wie jene, zu der Gattung der Realcontracte gehören. Bei diesen hat die Frage die wenigste Schwierigkeit. Denn nachdem der Grundsatz des römischen Rechts, daß die unbenannten Contracte erst durch die Uebergabe einer Seits für den andern Theil verpflichtend werden, im deutschen Rechte in Wegfall gekommen ist, so daß die causa civiliter obligans schon in der bloßen Einwilligung liegt, so ist hinsichtlich ihrer das pactum de contrahendo, wie z. B. de permutando, gar nicht mehr für ein vorbereitendes pactum, sondern für den Hauptvertrag selbst zu achten, welcher durch die Uebergabe bloß in Erfüllung geht.

Curtius, Handb. Bd. 10. §. 1427. a. E.

Nach Vorstehendem ist es leicht begreiflich, warum die Rechtslehrer, welche die verbindliche Wirkung der präparatorischen Verträge vertheidigen, ihre Behauptung meistens auf Beispiele, welche von den vorerwähnten Rechtsgeschäften entlehnt sind, gründen.

cf. Leyser, Spec. 39. med. 6. 7.
Berger, decis. 143.
und
Ejusd. resolut leg. obstant. Lauterb. pag. 73. ed. 4.

In ähnlicher Weise verhält es sich mit dem Versprechen, einen gezogenen Wechsel zu acceptiren, von welchem Gottschalk an der Blt. — angezogenen Stelle (sel. discept. for. T. III. c. 27. p. 353.) handelt. Denn auch hier ist der Gegenstand des Vertrags durch den Inhalt des oder der Wechsel, welche acceptirt werden sollen, ausreichend bestimmt, und es bedarf nur noch bei Vorzeigung des Wechsels der darauf gebrachten schriftlichen Erklärung des Promissars, daß er ihn acceptire, um diesen daraus wechselpflichtig zu machen. Schwieriger ist schon die Frage, welche jedoch dermalen nicht zur Entscheidung vorliegt, zu beantworten, ob aus einem vorbereitenden Vertrage, wenn er auch alle näheren Bestimmungen enthält, auf Errichtung eines schriftlichen Contracts geklagt werden könne, wenn die Gesetze diese letztere zur Gültigkeit des Geschäfts ausdrücklich vorschreiben? Denn hier kommt es darauf an, ob nicht diese gesetzliche Vorschrift als ein Verbot zu betrachten sei, daß dergleichen Verabredungen, ehe sie durch den schriftlichen Contract bekräftigt sind, überhaupt eine rechtliche Wirkung nicht hervorbringen sollen.

Mühlenbruch, doct. Pandect. T. III. §. 600.

Am Mißlichsten ist die Anwendung obiger Regel des deutschen Rechts auf solche präparatorische Verträge, welche auf einen Consensualcontract sich beziehen, also z. B. auf das pactum de emendo et vendendo, de locando, de societate ineunda. Denn zu diesen ist ebenso, wie zu dem bloßen pactum, weiter keine causa civiliter obligans erforderlich, und es genügt die freie Einwilligung; dagegen erfordern sie zu ihrer Perfection gewisse nähere Bestimmungen, ohne welche der Contract auf keine Weise bindend ist. Entweder also, diese Bestimmungen sind in dem pactum schon genügend vorhanden, so nimmt dasselbe die Natur des Contractes selbst an, und die präparatorische Eigenschaft desselben ist nur noch an der Hinausschiebung des förmlichen Abschlusses oder der Erfüllung auf einen späteren Zeitpunct zu erkennen, oder es fehlt noch an diesen Bestimmungen, wie z. B. bei dem Kaufe an der Bestimmung des Kaufpreises, und dann kann das pactum keinen genügenden Erfolg haben; denn der verklagte Theil würde nur für verbunden erachtet werden können, mit dem Andern in nähere Unterhandlungen zu treten, und es würde in seinem Belieben stehen, diese zu vereiteln, indem er seine Forderungen so hoch stellte, daß der Andere sie nicht bewilligen könnte,

Cocceji, jus controvers. L. II. Tit. 14. qu. 11.
Curtius, Bd. III. §. 1241.
Glück, Comment. Th. 4. §. 292. S. 106. verb. „wenn die Puncte des künftig einzugehenden Contracts bestimmt genug sind."

Diesen Bedenken kann auch dadurch nicht begegnet werden, daß die zu leistenden Beträge, wie z. B. der Kaufpreis, nach Befinden durch Würderung Sachverständiger festgestellt werden können. Denn dieser Ausweg steht nur offen, wenn entweder beide Theile bei dem Contracte halten wollen, oder wenn er bereits durch Uebergabe der Sache erfüllt und ein Zurückgehen davon nicht mehr möglich ist.

Anlangend nun den Societätscontract insbesondere, so gehört zu demselben wesentlich die Bestimmung des Antheils, welcher einem jeden Gesellschafter an dem gemeinschaftlichen Geschäfte zukommen soll. Diese Bestimmung kann man nicht blos zu den Nebenverabredungen zählen, wie solches Kläger, indem er sich der Ausdrücke: „Details oder Specialitäten" bedient, andeuten zu wollen scheint. Nun sagt zwar Ulpian in l. 29. D. pro socio, daß im Zweifel gleiche Antheile angenommen werden sollen. Allein diese Stelle setzt eine bereits bestehende Gesellschaft voraus, wo eine Vertheilung der bereits vorgekommenen Gewinne und Verluste sich von selbst als nothwendig darstellt. Nicht aber kann, bevor eine Societät wirklich zu Stande gekommen ist, der eine Theil den andern auf Grund dieser Gesetzstelle nöthigen, einen Societätsvertrag auf gleiche Theile mit ihm einzugehen. Kläger hat auch hierauf sich gar nicht bezogen, und würde es nicht einmal thun können, da ihm hierin die Klagbeifuge sub B. Bl. — entgegensteht, in welcher er sich von dem

gemeinschaftlichen Unternehmen Vortheile zu bedingen suchte, welche von denjenigen, die er dem Beklagten überlassen wollte, sehr verschieden sind, so daß also nach seiner eignen Willensmeinung die beiderseitige Theilnehmerschaft sehr ungleich werden sollte."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Smyers-Williquet gegen Pfaff, vom 25. August 1855.) δ.

19.

Der Anspruch auf Erfüllung eines Vertrages, dessen causa die Eingehung einer Ehe zwischen den Contrahenten gewesen, ist unstatthaft, wenn oder so lange die Ehe nicht geschlossen worden.*)

„Die Entscheidung der vorigen Instanz beruht auf folgenden Sätzen:

a., daß Beklagte die Erfüllung des libellirten Kaufes nur dann ablehnen könne, wenn ihre Verheirathung mit dem Kläger zur Bedingung dieses Vertrags gemacht worden sei;

b., daß es in diesem Falle nicht erforderlich gewesen, daß sich die Beklagte noch besonders ausbedungen habe, daß die Uebergabe und die Berichtigung des Besitztitels erst nach Vollziehung des Ehebündnisses erfolge, weil es in dem Wesen einer Suspensivbedingung liege, daß die Erfüllung des bedingten Vertrages erst nach Eintritt der Bedingung gefordert werden könne, und

c., daß im vorliegenden Falle das Anführen der Beklagten, sie habe nur unter jener Suspensivbedingung ihr Grundstück an den Kläger verkauft, eine Ausflucht enthalte, welche somit von ihr zu beweisen sei.

Mit den unter b. und c. enthaltenen Sätzen ist auch das Königliche Oberappellationsgericht vollkommen einverstanden und es haben die Parteien gegen die Richtigkeit derselben Erhebliches nicht vorzubringen vermocht. Wenn dagegen zu a., Bl. — bemerkt worden ist, daß die Veranlassung zu einem Vertrage, die Rücksicht, welche auf eine Thatsache bei Abschließung eines Vertrages genommen worden und der Zweck dieses Vertrages von einer **Bedingung** und namentlich einer Suspensivbedingung wesentlich verschieden seien, so ist zwar auch dieser Ansicht im Allgemeinen beizupflichten, nur ist mit dieser Bemerkung die Frage noch nicht entschieden, ob der Anspruch des Klägers auf Erfüllung des libellirten Kaufes nicht auch ohne den Beweis einer **Suspensivbedingung** als unbegründet erscheine, wie dieß von der Beklagten allerdings behauptet worden ist. Die Berücksichtigung gewisser Thatumstände und der Zweck, den Jemand mit dem Abschlusse eines Vertrages verfolgt, ist ohne Einfluß, wenn Beides nur als der innere Beweggrund in Betracht kommt, welcher den Willen zwar hervorgerufen, aber denselben, nachdem er einmal hervorgerufen war, nicht **weiter berührt und beschränkt** hat. Nach dem, was

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1855 S. 433 flg.

der Kläger selbst Bl. — über den Hergang der Sache angeführt hat, kann aber nicht zugegeben werden, daß die zwischen den Contrahenten beabsichtigte Ehe nur der innere Beweggrund für den Abschluß des libellirten Vertrages gewesen sei. Beklagte hat, nach der Geschichtserzählung Bl. —, den Kläger aufgefordert, sie zu heirathen; sie hat ihm bei der Besprechung dieses Ehebündnisses von ihren Vermögensverhältnissen, insbesondere von dem guten Zustande und der geringen hypothekarischen Belastung ihres Grundstücks in Kenntniß gesetzt und ihm dessen eigenthümliche Ueberlassung angeboten. Der Kläger dagegen hat, nachdem er zunächst über jene Angaben Erkundigung eingezogen, den Vorschlag der Beklagten angenommen und, wie er Bl. — selbst einräumt, nur um sich von der Aufrichtigkeit ihrer Gesinnungen zu überzeugen und sich für alle Zukunft ein Uebergewicht über die Beklagte zu sichern, verlangt, daß ihm dieselbe noch vor der Trauung ihre Wirthschaft übergebe und eigenthümlich überlasse. Damit ist nach Bl. — Beklagte einverstanden gewesen und nun auch der Bl. — erwähnte Kauf zum Abschlusse gekommen, vermöge dessen dem Beklagten unter andern 200 Thlr. — Ngr. — Pf. ohne geleistete Zahlung an der Kaufsumme abgeschrieben und der Verkäuferin ein Betrag von 400 Thlr. — Ngr. — Pf. ohne Zinsen vorbehalten wurde. Auf diese Weise ist aber von den Contrahenten selbst ihre zukünftige Verehelichung mit einander in eine so nahe Verbindung mit der Veräußerung des erwähnten Grundstückes an den Kläger gebracht worden, daß die Annahme gerechtfertigt erscheint, es würde die eine ohne die andere nicht beschlossen worden sein, und es habe somit zwischen den Parteien darüber ein vollkommenes Einverständniß obgewaltet, daß der streitige Kauf nur mit Beziehung auf das beabsichtigte Ehebündniß und nur deshalb und zu dem Zwecke abgeschlossen werden solle, damit letzteres erreicht und zu diesem Behufe dem Kläger, als künftigem Ehemanne, eine angemessene und unabhängigere Stellung gewährt werden möge. Hiernach ist zwar die Verehelichung des Klägers mit der Beklagten förmlich nicht als Suspensivbedingung für den Abschluß des Vertrages aufgestellt worden, aber sie ist die causa, die Voraussetzung, auf welcher der gesammte Vertrag thatsächlich beruht, und dieser Umstand ist allerdings deshalb von wesentlichem Einflusse, weil Verträge, die nur ob causam futuram, und darunter auch solche, die mit Beziehung auf eine künftige Ehe eingegangen werden, ihre rechtliche Wirksamkeit durch den späteren Wegfall dieser causa dergestalt verlieren, daß nicht allein die Erfüllung derselben verweigert, sondern selbst das bereits Gegebene mit der condictio ob causam dat. zurückgefordert werden kann,

l. 52. D. de cond. ind. 12. 6.

l. 6. D. de cond. causa dat. 12. 4.

nam causa quasi non secuta habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non secuto.

l. 9. pr. l. 10. D. ib.

l. 1. C. de cond. ob causam dat. 4. 6.

Dieser Grundsatz leidet nicht blos auf einseitige, sondern auch auf andere Verträge Anwendung, bei welchen eine Gegenleistung des Empfängers aus dem Vertrage selbst und abgesehen von der causa des letzteren zu gewähren ist; es kann jedoch im vorliegenden Falle unerörtert bleiben, ob nach gemeinrechtlichen Bestimmungen die Condiction und das Recht, die Erfüllung zu verweigern, überhaupt oder doch insbesondere bei Verträgen der zuletztgedachten Gattung unstatthaft sei, wenn der Eintritt der causa nicht durch die Verschuldung des Empfängers, sondern durch Schuld des Gebers, oder durch rein zufällige Umstände verhindert worden ist. Denn nach der Vorschrift des sächsischen Gesetzes vom 28. Januar 1835 sub C. §§. 52. 53. zieht ein Eheverlöbniß oder vorläufiges Versprechen sich zu ehelichen, unter was für Bedingungen oder Umständen es auch gegeben worden sein mag, keine Verbindlichkeit zur Vollziehung der Ehe nach sich, und selbst in Bezug auf vermögensrechtliche Verhältnisse hat der einseitige und willkührliche Rücktritt von demselben nur die Folge, daß der zurücktretende Theil dem andern zum Ersatze des wirklichen Schadens, nicht des entgangenen Gewinnes — und zur Leistung dessen, was etwa für den Fall des Rücktritts zum Voraus bedungen worden ist, verbunden wird. Diese gesetzlich ausgesprochene Unerzwingbarkeit der Erfüllung eines Eheversprechens bewirkt aber, wie das O.-A.-G. in einem sehr ähnlichen Falle,

vergl. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. v. J. 1853 S. 423. und v. J. 1854 S. 135 flg.

bereits erkannt hat, — auch die Unerzwingbarkeit aller, mit der Ehe in Verbindung stehenden und wegen derselben abgeschlossenen Verträge; denn es wäre geradezu ein Widerspruch, wenn der freie Rücktritt von einem Eheversprechen gestattet und dennoch demjenigen, welcher von diesem Rücktrittsrechte Gebrauch gemacht hat, die Verpflichtung auferlegt werden sollte, Verträge zu erfüllen, welche von der Eingehung der Ehe abhängig gemacht worden sind und den Zweck und die Bedeutung, welche ihnen von den Contrahenten selbst gegeben worden, verlieren, sobald die Ehe nicht eingetreten ist. Auch ist in dem angezogenen Gesetze ausdrücklich gesagt, daß der einseitige und willkührliche Rücktritt keinen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinnes begründen solle, und als ein solcher ist jeder mit Beziehung auf die künftige Ehe abgeschlossene Vertrag zu betrachten, welcher den Betheiligten einen Vortheil zuführt. Am wenigsten läßt sich dies rücksichtlich des vorliegenden Kaufes bezweifeln, mit welchem eine theilweise Schenkung der Kaufsumme verbunden und dem Käufer auch noch andere Vortheile gewährt werden sollten, welche eben nur in der bevorstehenden Verehelichung desselben mit der Beklagten ihre Erklärung finden.

Diese Verehelichung ist zur Zeit nicht erfolgt; ob dieß, wie

Beklagte behauptet, daher gekommen, daß Kläger selbst die Vollziehung der Ehe für immer und auf das Entschiedenste abgelehnt hat, ist ohne Einfluß. Denn wenn man selbst annehmen wollte, daß bei dem gegenwärtig in Frage stehenden, wie bereits erwähnt, mit einer Schenkung verbundenen Kaufe die condictio ob causam dat. nicht eintreten und eben deshalb auch die Erfüllung des Vertrages nicht abgelehnt werden könne, wenn der Eintritt der causa durch eine Verschuldung der Beklagten verhindert oder verzögert worden, so bedarf es doch hier, wo die causa in der Schließung der Ehe besteht, keiner besonderen Auseinandersetzung, daß selbst eine entschiedene Weigerung der Beklagten, das Ehebündniß mit dem Kläger zu vollziehen, nicht als eine Verschuldung angesehen werden könnte, da der Rücktritt von dem Eheversprechen gesetzlich erlaubt und demselben keine andere Folge beigelegt worden ist, als die bereits obenerwähnte Verbindlichkeit zum Ersatze des positiven Schadens und der Leistung dessen, was für den Rücktritt bedungen worden. Indeß will man hierbei nur darauf noch hinweisen, daß in der Klage nicht einmal auf eine Weigerung der Beklagten, den Kläger zu ehelichen, sondern nur auf die Verweigerung der Uebergabe und eigenthümlichen Ueberlassung des fraglichen Grundstücks Bezug genommen worden ist. Daß die Verehelichung der Parteien noch erfolgen kann, mag gar nicht bestritten werden, wenn der eine oder der andere Theil nachgeben will; da sie es aber gegenwärtig noch nicht ist, und jedem Theile der willkührliche Rücktritt gesetzlich freisteht, so kann auch die bloße Möglichkeit des künftigen Eintritts der causa unter den hier vorliegenden Umständen den gegenwärtigen Anspruch des Klägers nicht rechtfertigen.

An dieser Beurtheilung der Sache ändert aber auch der Umstand nichts, daß über den Kauf eine Urkunde angefertigt und von beiden Theilen vollzogen worden ist, in welcher die Verehelichung derselben nicht ausdrücklich als Bedingung oder Voraussetzung des Vertrages erwähnt wird. Denn diese Niederschrift enthält keine Bestimmung, welche zu der Annahme führen könnte, daß die Contrahenten ihre ursprüngliche Absicht geändert hätten und den Veräußerungsvertrag nunmehr unabhängig von ihrer Verheirathung abzuschließen gemeint gewesen wären. Im Gegentheile geht daraus, daß sich der Kläger in diesem Kaufe als den künftigen Ehemann der Beklagten hat aufführen lassen, und auch aus seinem späteren, in der Klage beschriebenen Verfahren hervor, daß die zukünftige Ehe mit der Beklagten nach wie vor die Voraussetzung jenes Vertrages geblieben sei.

Die Verabredung, daß die eigenthümliche Ueberlassung des fraglichen Grundstückes an Klägern vor der Trauung habe erfolgen sollen, auf welche sich der Kläger vorzugsweise beziehen zu können glaubt, ist gerade am wenigsten geeignet, seinen dermaligen Anspruch zu begründen; denn hat die Beklagte dem Kläger zugesagt, daß sie ihm ihre Wirthschaft noch vor der Trauung überlassen wolle, ohne

eine nähere Zeitbestimmung hinzuzufügen, so ist damit nicht allein die Zeit, sondern nach Maasgabe des angezogenen Gesetzes auch die **Verbindlichkeit** zur Erfüllung rein ihrer Willkühr vorbehalten worden.

Wenn also, nach dem, was Kläger jetzt angeführt hat, der Anspruch auf Erfüllung des libellirten Kauf- und Schenkungsvertrags vor Eintritt des als causa zu betrachtenden Ehebündnisses als unbegründet sich darstellt, so ist auch auf die Appellation der Beklagten reformatorisch auf Abweisung der Klage in der angebrachten Maaße zu erkennen gewesen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Schumann gegen Wolfin, vom 30. August 1855.) δ.

20.

Der stattgefundene Weiterverkauf der erhandelten Waare steht der Klage auf Rescission des Kaufes wegen Fehlerhaftigkeit nicht unter allen Umständen entgegen.

„Wäre aber auch jenes Geschäft nicht als ein en gros Geschäft zu betrachten, so würde daraus immer noch kein Grund gegen die Statthaftigkeit vorliegender Klage entlehnt werden können. Denn da nach den Briefen Bl. — Kläger Waare von gewisser Beschaffenheit bestellt, Beklagter diese Bestellung angenommen und Bl. — versichert hatte, daß er derselben durch Lieferung ausgezeichnet schöner Waare nachgekommen sei, so war Kläger, zumal er nach Bl. — Beklagtem notificirt hatte, daß die bestellten Felle zum Transit bestimmt seien, dem Beklagten gegenüber zu der Voraussetzung berechtigt, daß der letztere der Bestellung entsprechende Waare geliefert habe, und wenn er in dieser Voraussetzung die ihm nach D. gesendeten Felle, ohne dieselben einer näheren Prüfung zu unterwerfen, in derselben Verpackung, in welcher sie bestellungsgemäß und zur Weiterbeförderung anlangten, versendete und den Kaufpreis an Beklagten erlegt hat, so liegt hierin schon nach allgemeinen Grundsätzen kein thatsächlicher Verzicht auf das Recht, wegen vertragswidriger oder fehlerhafter Beschaffenheit der Waaren die Wiederaufhebung des Kaufsgeschäfts zu beanspruchen. Ob unter andern Umständen schon die Weiterveräußerung der vertragswidrigen und fehlerhaften Waaren an und für sich allein den Anspruch auf Redhibition ausschließen würde, kann hier dahin gestellt bleiben, da die Waare zum Transit bestimmt gewesen, deren Fehlerhaftigkeit gleich bei ihrem Eintreffen an den Ort ihrer Weiterbestimmung entdeckt worden sein soll und dieselbe, wie Beklagter selbst nicht bestreitet, noch in Hamburg lagert."

(Urthel des O.-A.G. in Sachen Richter gegen Krauß, vom 18. August 1855.)

δ.

21.

Die Einwilligung der Ehefrau, daß ein ihr gehöriges Capital zum gemeinschaftlichen Lebensunterhalte verbraucht werde, enthält keine Verzichtleistung auf Repetition desselben nach aufgelöster Ehe.

„Beklagter kann sich offenbar nicht darauf beziehen, daß das (von der Klägerin als Erbin der Ehefrau des Beklagten antheilig zurückgeforderte) Capital während der Ehe und mit Zustimmung seiner Ehefrau zum gemeinschaftlichen Lebensunterhalte verbraucht worden sei. Denn der Ehemann ist bekanntlich verpflichtet, für den Unterhalt seines Hausstandes aus eignen Mitteln und mit Beihülfe der ihm gebührenden Nutzungen des eheweiblichen Vermögens Sorge zu tragen, und wenn er den hierbei vorkommenden Aufwand aus dem Substantialvermögen der Ehefrau bestritten hat, so liegt hierin eine Verwendung des letzteren in seinen eignen Nutzen, welche, namentlich wenn sie mit Zustimmung der Ehefrau geschieht, als Illation gilt und somit die Verbindlichkeit des Ehemannes zur künftigen Restitution gerade begründet, nicht aber aufhebt. Die Genehmigung der Ehefrau, falls dieselbe zu der Verwendung eines auf andere Weise bereits inferirten Vermögens gesucht und ertheilt worden ist, enthält keine Verzichtleistung auf das Recht, die Zurückerstattung des Verwendeten seiner Zeit zu verlangen, sie würde vielmehr nur dann in Frage kommen können, wenn die Ehefrau oder deren Erben neben der Restitution dessen, was der Ehemann thatsächlich in seinen Nutzen verbraucht hat, auch noch einen besondern Anspruch auf Schadenersatz erheben sollten, wovon jedoch vorliegenden Falls keine Rede ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Kraußin gegen Klitzsch, vom 25. August 1855.) δ.

22.

Ueber die Verbindlichkeit dessen, welcher bona fide eine von einem Dritten widerrechtlicherweise sich angeeignete Sache gekauft hat, gegenüber dem Eigenthümer.

„Wie von dem Kläger selbst in voriger Instanz Bl. — und neuerdings Bl. — deducirt worden, leitet er die Verbindlichkeit des Beklagten aus folgenden Sätzen ab:

> aus seinem, des Klägers, Besitz sei ihm durch die Arglist des Knechts des Beklagten eine Sache entrückt worden, Beklagter sei in den widerrechtlichen Besitz dieser Sache gelangt, müsse sie deshalb ihm, dem Kläger, in natura restituiren, oder ihm, da er sie geständlich verbraucht, den Werth derselben, welcher nach dem von dem Beklagten eingeräumten Kaufpreise zu berechnen, als Betrag des von ihm nach dieser Höhe zu vertretenden Schadens ersetzen.

Allein abgesehen davon, daß dafür etwas nicht angeführt zu befinden:

daß Beklagter widerrechtlich in den Besitz dieser Sache gelangt sei, indem er nämlich von der Seiten seines Knechtes angeblich nur durch Täuschung des Klägers bewirkten Erlangung des Besitzes bei Verabfolgung der Sache an ihn, den Beklagten, oder bei Verwendung der Sache, Kenntniß erhalten habe,

so stehen auch der obigen Schlußfolgerung mehrere Umstände entgegen.

Vor Allem ist nämlich im Auge zu behalten, daß dermalen Kläger nicht gegen den Knecht, welcher durch ein arglistiges Verfahren in den Besitz der Sache gelangt sein soll, sondern gegen den Herrn dieses Knechtes, an welchen durch Letzteren jene Sache gelangt ist, den Anspruch auf Schadenersatz verfolgt.

Der Erstere, selbst wenn er der Käufer der Sache gewesen und vielleicht gegen den Verkäufer einen begründeten Anspruch auf Uebergabe dieser Sache gehabt hätte, würde, wenn er sie aus dem Besitze eines Dritten, in dessen Gewahrsam sie sich befunden, auf dolose Weise an sich gebracht, nach Befinden zur Restitution oder Leistung des Interesse angehalten werden können;

l. 18. pr. Dig. de dolo malo, IV. 3.

denn dann, wenn der Beklagte selbst den Betrug verübt und hierdurch einer Person außerhalb eines Vertrages einen Schaden zugefügt hat, würde die Klage lediglich auf den Betrug gegründet sein und es müßte der von dem Betrüger zu leistende Schadenersatz völlig gleich stehen dem dem Betrogenen zugefügten wirklichen Vermögensverluste.

Ein anderes Verhältniß stellt sich aber heraus, wenn, wie nach dem Klaganführen anzunehmen und vom Kläger Bl. — wiederholt erklärt worden, der Herr des Knechtes diesem weder die Ausführung der Täuschung geheißen, noch überhaupt an der von diesem verübten Arglist Antheil genommen hat, und in gutem Glauben durch seinen Knecht in den Besitz dieser Sache gelangt ist.

Die schon in den früheren Instanzen angezogene

l. 15. §. 2. Dig. de dolo malo (IV. 3.)

sagt über diesen Fall:

item, si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio, in quantum ad eum pervenit.

Es besteht mithin bei diesem die Ersatzverbindlichkeit nicht nothwendig in dem Betrage des dem Betrogenen zugefügten positiven Schadens, sondern nur in dem Seiten des Constituenten gehabten Nutzen. Und da hier, wo von der Annahme ausgegangen ist, daß der Constituent nicht selbst an dem Betruge des Beauftragten Theil genommen habe, die Ersatzverbindlichkeit lediglich auf dem auch im Römischen Rechte z. B.

l. 206. Dig. de reg. jur. (50. 17.)
l. 14. Dig. de condict. indeb. (12. 6.)

anerkannten Grundsatze:

daß sich Niemand durch den Verlust eines Andern wider dessen Willen bereichern solle,

zumal an sich der unbetheiligte dritte Besitzer der von dem Betrüger an ihn veräußerten und später verwendeten Sache zu einer Schadloshaltung nicht verbunden ist, beruhen kann, so sind die auch über den diesfallsigen Umfang der Verbindlichkeit sich verbreitenden Worte:

quantum ad eum pervenit

überhaupt nur nach dem bei der versio in rem geltenden Sinne.

cfr. l. 10. §. 4. l. 12. Dig. de in rem verso (15. 3.)
l. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in aliena potest. (4. 26.)

aufzufassen und mit den Worten:

quo locupletior factus est,

als gleichbedeutend zu betrachten.

Es kommt daher darauf an, ob, wie die Allgemeine Vormundschaftsordnung Cap. XIII. §. 8. in einem analogen Falle zur Bedingung macht, das Vermögen des Mandanten dadurch „gemehrt und verbessert" worden sei.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so kann nicht behauptet werden, daß das Vermögen des Beklagten dadurch, daß der Knecht desselben die von ihm angeblich durch Arglist aus dem Besitze Klägers entzogenen 25 Säcke Roggen dem Beklagten verabfolgt, um diese Quantität Roggen oder dessen Werth vermehrt worden sei, weil, wie der Kläger selbst in der Klage sagt, Beklagter diesen Roggen von dem Adressaten B., der nach der Klagdarstellung seinerseits diesen Roggen von P. in Breslau erhandelt gehabt, gekauft und also auf den Besitz desselben ein Recht hatte.

Ist nun auch in der Klage behauptet, daß dieser Roggen nicht anders als gegen baare Bezahlung des Kaufpreises in den Besitz des Käufers übergehen sollen, so kann, wenn in Folge einer von dem Knechte des Beklagten, aber ganz ohne dessen Zuthun, gegen den Kläger verübten Täuschung dem Letzteren dieser Besitz vor einer erfolgten Bezahlung des Kaufpreises entzogen und von dem Knechte auf seinen Herrn übertragen worden, der von diesem gezogene Vortheil nur in der früheren Erlangung eines Besitzes, auf den er erst nach Erfüllung einer Bedingung Anspruch gehabt, bestehen. Es kann insbesondere, hinsichtlich dieser dritten Person, nicht ein Vermögenszuwachs nach Höhe des von ihm erworbenen Roggens oder dessen Werthes angenommen werden, weil diese Person noch den Kaufpreis an ihren Verkäufer zu bezahlen hat, und also, wenn sie diesen Preis auch an den Kläger, als an diejenige Person, welche durch die Täuschung eines Dritten aus dem Besitze gesetzt worden, bezahlen müßte, denselben ohne einen erkennbaren Verpflichtungsgrund zwei Mal zu bezahlen hätte.

Der Vortheil aber, der dem Beklagten durch frühere Erlangung

des Besitzes, als es ohne die angeblich von seinem Knechte verübte Arglist der Fall gewesen sein würde, zugegangen ist, ist in der Klage weder quantificirt, noch sonst speciell näher begründet.

Es läßt sich auch einer Zurückweisung der Klage nicht entgegenstellen, daß, nachdem angeblich Kläger den Kaufpreis für den fraglichen Roggen an den vom ersten Verkäufer P. in Breslau zum Incasso beauftragten Bankier B. bezahlt, bei Hinzutritt der Bezahlung des Kaufgeldes Seiten Beklagtens, sei es durch Gewährung des Baarbetrages oder sei es durch Compensation, dieses zwei Mal berichtigt und dadurch ein Dritter zum Nachtheile Klägers bereichert werde, da in der That dem Kläger unbenommen sein wird, gegen denjenigen, welcher sich hierbei zu seinem Nachtheile bereichert, vorzuschreiten, nach Befinden auch sich von dem Kaufmanne B., wenn dieser über die dem Wesen nach in seinem Namen vom Kläger an B. bewirkte Zahlung quittirt sein wird, jura cessa zu verschaffen, und dann mittelst der Contractsklage gegen den Beklagten seine Rechte geltend zu machen, wobei er freilich die dem Beklagten gegen die Person des Cedenten zustehenden Einwendungen gegen sich gelten lassen muß.

Wenn inzwischen Kläger gleichwohl bei dieser Rechtsverfolgung Nachtheile erduldet, so sind dies eben die Folgen davon, daß er sich hat täuschen lassen und anscheinend von der Person, welche die Täuschung gegen ihn ausgeführt, Schadloshaltung nicht zu erlangen hofft.

Es genügt übrigens, nur noch darauf hinzuweisen, daß auch die Bl. — in voriger Instanz ausgesprochenen Grundsätze nicht zu einer Aufrechterhaltung der erhobenen Klage führen können.

Der Grundsatz, daß der Mandant die Handlungen seines Mandatars zu vertreten habe, wenn er dieselben ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt habe, was im vorliegenden Falle durch den Verbrauch des Roggens geschehen sein soll, läßt sich gegenwärtig um deswillen nicht anwenden, weil bei jener Voraussetzung, daß der Beklagte von dem seinem Knechte beigemessenen arglistigen Gebahren zur Zeit der Ablieferung und Verwendung des Roggens Kenntniß gehabt habe, in der Klage jede Unterlage zu vermissen ist und daher aus der vom Beklagten unternommenen Verwendung des Roggens eben weiter nichts, als eine ihm vermöge des mit B. abgeschlossenen Kaufes zustehende Verwendung eines erkauften Gegenstandes gefolgert werden kann.

Das aus §. 76. der Gesindeordnung vom Jahre 1835 abgeleitete Beispiel ist schon deshalb für den vorliegenden Fall unanwendbar, weil bei jenem Beispiele entweder ein ausdrücklicher Auftrag der Herrschaft zur Erholung vorausgesetzt wird, oder der von der Herrschaft gezogene Gewinn in dem vollen Betrage desjenigen besteht, was das Gesinde bei den Kaufleuten auf den Namen der Herrschaft entnommen hat.

Endlich hat allerdings, wie Beklagter Bl. — mit Recht hervorgehoben, bei Prüfung der Schlüssigkeit der Klage es eines näheren Eingehens darauf, um wie viel der Beklagte durch die Handlung seines Knechtes reicher geworden? bedurft, da die ganze Klage nur auf Leistung desjenigen, was die mehrberegte l. 15. §. 2. Dig. de dolo malo mit „quantum ad dominum pervenit" bezeichnet, gerichtet sein kann und daher, wenn es an Unterlagen fehlt, um diesen Vermögenszuwachs feststellen und quantificiren zu können, der Begründung in einem wesentlichen Bestandtheile entbehrt.

Es ist daher der Instanz-Bescheid insoweit wieder herzustellen gewesen, als darin die erhobene Klage auch bei dem ersten Klagpunkte für unstatthaft erachtet und Kläger unbedingt in die Erstattung der Kosten erster Instanz verurtheilt worden ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Spießbach gegen Dobitz, vom 30. August 1855.) δ.

23.

Wenn auf Beweis einer aus mehreren Klaggründen bestehenden Klage im Allgemeinen erkannt worden ist, so ist dadurch nicht ausgesprochen, daß der Kläger den ganzen Inhalt seiner Klage beweisen müsse, sondern es reicht hin, wenn er so viel Thatsachen beweist, als zu Begründung seiner Klage erforderlich sind. — Erforderniß des Beweises der s. g. actus conservativi.

„Die Beklagten sind in ihrer Bl. — flg. vol. II. zu lesenden Deductionsschrift zunächst und vornehmlich auf die Behauptung zurückgekommen, daß der Beweis des Klägers deshalb verfehlt sei, weil sich derselbe nicht auf alle in der Klage angeführten und rechtskräftig zum Beweise ausgesetzten Thatsachen beziehe.

Dieser Ansicht ist aber auch in gegenwärtiger Instanz nicht beizupflichten gewesen. Nach dem in Sachsen geltenden Proceßrechte ist der Kläger befugt, alle diejenigen Thatsachen, auf welche er seinen Anspruch gründen zu können meint, in derselben Klagschrift gleichzeitig vorzubringen und seinen Beweis auf alle diese Thatsachen zu richten, wenn auch schon die eine oder die andere, oder eine jede einzelne derselben an und für sich ausreicht, um jenen Anspruch vollständig zu rechtfertigen. Von dieser Regel kann zwar in einzelnen Fällen aus besonderen Gründen und namentlich dann eine Ausnahme eintreten, wenn durch rechtskräftige Beweisinterlocute etwas anderes formell zwischen den streitenden Parteien festgestellt worden ist; aber ein Fall dieser Art liegt gegenwärtig nicht vor. Der Kläger hatte sich in seiner Klage auf eine unvordenkliche Observanz, auf rechtskräftige Entscheidungen aus den Jahren 1731 und 1743, auf spätere, ebenfalls rechtskräftige Erkenntnisse aus den Jahren 1796, 1797 und 1798, sowie endlich darauf bezogen, daß seit der Publication des

letzten, am 23. Juni 1798 (nicht des am 20. Juli 1743) ertheilten Erkenntnisses bis zum Jahre 1834 in allen betreffenden Fällen die Untersuchungskosten nach Maßgabe dieser rechtskräftigen Sentenzen von den pflichtigen Gemeinden bezahlt und nach der Bl. — angegebenen Modalität aufgebracht worden seien.

Weil die Beklagten diese Angaben des Klägers im Wesentlichen verneint hatten, so wurde in dem Bl. — ersichtlichen, allerdings rechtskräftig bestätigten Beweisinterlocute entschieden, daß Kläger den Grund der Klage und soviel ihm daran, insonderheit auch beim 23., 24., 25., 26., Gliede der Kriegsbefestigung verneint worden, zu beweisen schuldig sei.

Mit dieser, ganz allgemeinen, durch beigefügte Gründe weder erläuterten, noch beschränkten Entscheidung ist nur soviel ausgesprochen, daß dem Kläger der Beweis der geleugneten Thatsachen, insoweit sie zu Begründung des libellirten Anspruches erforderlich seien, obliege, aber keineswegs, daß dieser Anspruch nur dann als begründet erscheine und eine Verurtheilung der Beklagten zu erwarten sei, wenn Kläger alles dasjenige, was in der Klage zur Unterstützung seines Anspruches von ihm angeführt worden, cumulativ zu erweisen vermöge. Es läßt sich auch gar nicht annehmen, daß bei der Abfassung des erwähnten Beweisinterlocutes ein Ausspruch dieser Art, welcher nach Lage der Sache und nach den bestehenden Rechtsgrundsätzen nicht gerechtfertigt gewesen wäre, in der Meinung und Absicht der Urthelsverfasser gelegen habe. Insbesondere aber kann die ausdrückliche Erwähnung des 23. bis mit 26. Einlassungpunktes nicht zu der Annahme führen, daß dem Kläger der Beweis der behaupteten fortgesetzten Entrichtung der fraglichen Untersuchungskosten, sowie des ebendaselbst gedachten Repartitionsmodus unbedingt und dergestalt habe auferlegt werden sollen, daß ohne den Beweis dieser Thatumstände eine verurtheilende Endentscheidung schlechterdings nicht erfolgen könne. Wenn man nämlich neben dem Beweise einer Observanz oder rechtskräftigen Entscheidung auch noch den Beweis von Besitzhandlungen verlangte, so konnte dies, wie die vorige Instanz bereits bemerkt hat, nur darin seinen Grund haben, daß man bei der Länge des inmittelst verflossenen, über die gesetzliche Verjährungsfrist hinausreichenden Zeitraumes und der eigenen Angabe des Klägers, daß während dieser Zeit die Gelegenheit zur Ausübung des streitigen Rechtes sich dargeboten habe, den Nachweis von Conservativhandlungen für nothwendig erachtete; daß jedoch in Bezug auf diese der Kläger mehr, als den Rechten und Umständen nach erforderlich, habe beweisen sollen, dafür bietet weder die Wortfassung des Interlocutes, noch der damalige Stand der Sache ein irgend genügendes Anhalten dar rc. rc.

Anlangend aber den Fortbestand des durch jene rechtskräftigen Entscheidungen festgestellten Befugnisses, so genügt es, wenn Kläger auch nur einen Act der Ausübung desselben, wodurch der Lauf der erlöschenden Verjährung unterbrochen worden, nachzuweisen ver-

mochte und es würde, wie Bl. — richtig bemerkt worden ist, nicht einmal dieser Beweis von dem Kläger zu erfordern gewesen sein, wenn er nicht in seiner Klage und in seiner Beweisschrift selbst eingeräumt hätte, daß seit der Eröffnung des am 23. Juni 1798 publicirten Erkenntnisses verschiedene Fälle vorgekommen seien, in denen die Gemeinden die erwachsenen Untersuchungskosten zu übertragen verbunden gewesen, und wenn nicht insoweit das Beweisinterlocut auch den Nachweis von Conservativaeten erfordert hätte."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Magnus Graf von Wildenfels gegen Gemeinde Reinsdorf, vom Monat October 1855.)

L.

24.

Bei der provocatio ex lege diffamari gehört die Bescheinigung zu Begründung der Klage.

„Dem Randzeugnisse fol. — kommt, wie mit Recht bemerkt wurde, keine andere und stärkere Glaubwürdigkeit als die eines Privatzeugnisses zu. (Man vergleiche deshalb Dec. 3. vom Jahre 1661, Philippi obs. II. ad dec. elect. Saxon. III., Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Bd. I. S. 219.) Durch die, und zwar erst in dritter Instanz nachgebrachte Versicherung des Gerichtes konnte nicht nachgeholfen werden, da eine Provocationsklage ex lege diffamari besage der Alten Proceßordnung Tit. I. §. 4. und besage der Erläuterten Proceßordnung ad Tit. V. §. 5. nur dann für statthaft zu erachten ist, wenn ihr die Bescheinigung der Berühmung beiliegt. Auch erscheint es gleichgültig, ob Provocat, welcher übrigens die Statthaftigkeit der Provocationsklage aus mehrfachen Gründen und ganz im Allgemeinen bestritten hat, hierbei auf die Beweisunfähigkeit des Randzeugnisses noch besonders hingewiesen hat oder nicht. Denn die rechtliche Begründung und Schlüssigkeit einer Klage muß, selbst wenn Ausstellungen dagegen nicht erhoben werden, zu Folge der Vorschrift in der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. V. §. 3., von richterlichen Amts wegen geprüft werden. Der §. 1. desselben Titels aber, auf welchen Provocantin sich berufen zu können glaubt, läßt keineswegs an den Erfordernissen einer gehörigen Klagbegründung etwas nach, sondern verbietet nur, die Klage wegen etwas Außerordentlichen, z. B. wegen der Nichtanziehung der sogenannten clausula salutaris, zu verwerfen und läßt übrigens nach, wenn aus Versehen ein unrichtiger Antrag gestellt worden ist, demselben den richtigen zu substituiren.

Ein Zugeständniß, daß die Diffamation gehörig bescheinigt worden sei, ist vom Provocaten weder Bl. — noch Bl. — geschehen. Zwar bezieht sich derselbe auf das Randzeugniß, doch nur, um daraus Gründe für die von ihm behauptete Unstatthaftigkeit der Klage abzuleiten und ohne dabei demselben ausdrücklich oder auch nur folgerungsweise Beweiskraft zuzugestehen.

Richtig ist es allerdings, daß der Gerichtsinhaber in gewissen

Beziehungen seinen Gerichtsverwalter zu vertreten hat. Deshalb jedoch ist er noch nicht gehalten, einer von demselben ausgefertigten Schrift gegen sich unbedingt die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde zuzugestehen. Auch das auf diese Annahme gegründete Argument erscheint also zur Aufrechthaltung der Klage nicht geeignet."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Schramm gegen v. Hartitzsch, vom Monat October 1855.) L.

25.

Die actio de recepto ist ausgeschlossen, wenn der Fremde den in dem ihm angewiesenen Zimmer aufgehängten Anschlag, durch welchen der Gastwirth gegen seine unbedingte Haftung für die Sachen und Gelder der Fremden sich verwahrt, gelesen hat.*)

„In Hinsicht des dem Beklagten nachgelassenen Beweisthema war der Ansicht erster Instanz, nach welcher es hinreicht, wenn Kläger nur vor der Entwendung der libellirten Geldsumme den Bl. — bemerkten Anschlag gelesen hat, beizupflichten. Nicht aber kann die fol. — flg. entwickelte Meinung, daß solches schon vor der Einbringung der Sachen in den Gasthof geschehen sein müsse, wenn der Anschlag eine Wirkung haben solle, getheilt werden. Denn wollte man Letzteres annehmen, so würde hinsichtlich aller der Sachen, welche zugleich mit der Person des Fremden in den Gasthof aufgenommen werden, — und dies ist doch der häufigere Fall, — ein solcher Anschlag schon an sich selbst erfolglos werden, es wäre denn, daß dieser dem einkehrenden Fremden schon vor seinem Eintritte in das Haus vorgezeigt und bekannt gemacht würde, was, wie Bl. — richtig bemerkt ist, den bestehenden Verhältnissen, wie sie wirklich sind, ganz entgegen wäre. Die Verbindlichkeit der Gastwirthe, für die eingebrachten Sachen zu haften, beruht auf keinem ausdrücklichen Vertrage, sondern nur auf einer stillschweigenden Uebereinkunft, welche die Gesetze daraus folgern, daß der Gast seine Sachen in den Gasthof bringt, der Wirth aber dies geschehen läßt. Es ist kein ausreichender Grund vorhanden, warum das obligatorische Verhältniß, welches auf diese Weise entstanden ist, nicht auch durch eine andere stillschweigende Uebeinkunft wieder modificirt werden könne. Dies ist der Fall, wenn der Wirth schriftlich oder mündlich erklärt, für Gelder, die ihm nicht selbst zur sicheren Aufbewahrung übergeben werden, nicht haften zu können, und der Gast, davon in Kenntniß gesetzt, hierzu stillschweigt. Durch dieses Stillschweigen unterwirft sich Letzterer der Einrichtung des Hauses, die ihm auf diese Weise angekündigt wird. Im Falle des Nichteinverständnisses steht es ihm frei, entweder in ein anderes Gasthaus zu ziehen, wo deren mehrere sind, oder sein Geld einstweilen anderswo in Verwahrung zu geben, oder der Erklärung des Wirthes

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856 S. 17 flg.

zu widersprechen, was dann für diesen wenigstens die Folge hat, daß er seine Maaßregeln darnach nehmen und auf das von dem Fremden bewohnte Zimmer eine verdoppelte Wachsamkeit richten kann. Und zu diesem allem ist noch Zeit, so lange die Sachen, um deren Verwahrung es sich handelt, noch vorhanden sind, und eine Entwendung derselben noch nicht vorgefallen ist. Der Satz daß eine Protestation nur re integra etwas bewirken könne, findet hiergegen keine Anwendung. Oben ist gesagt, daß durch ein stillschweigendes Einvernehmen dieser Art das ursprüngliche obligatorische Verhältniß nur modificirt werde. Und hierin unterscheidet sich der Bl. — zu lesende Anschlag von der in l. 7. pr. D. nautae, caupones etc. erwähnten Voraussage des Gastwirths oder Schiffers: ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestiturum. Denn durch diese lehnte der Wirth jede Verantwortlichkeit gänzlich von sich ab, jener Anschlag aber thut es nur bedingungsweise und zeigt dem Gaste den Weg, wie er das Seinige am Besten sichern kann, wenn er nur dem Wirthe vertrauen will. Und in dieser Hinsicht ist zu bemerken, daß die Ansicht der römischen Juristen, nach welcher die Gastwirthe als eine unredliche, übelberüchtigte Menschenklasse behandelt wurden, bekannter Maaßen auf unsere Zeiten nicht mehr paßt, und daß einer Seits die bessere Einrichtung der gegenwärtigen Hotels den Reisenden mehr die Möglichkeit giebt, ihre Sachen und Gelder unter eignem Verschlusse zu behalten, andrer Seits aber den Hotelwirthen es um so schwerer fallen mag, ihre in zerstreuten und zum Theil entlegenen Zimmern wohnenden Fremden gegen die Nachstellungen gewandter Diebe, welche oft selbst unter dem Scheine anständiger Reisenden die Gelegenheit zu Entwendung werthvoller Gegenstände aufsuchen, ohne die obenerwähnte Vorkehrung, dergleichen Gegenstände unter ihre specielle Obhut zu nehmen, gehörig sicher zu stellen.

Dahingegen ist im Uebrigen der Entscheidung voriger Instanz lediglich beizutreten gewesen, und zu den Gründen derselben nur noch Folgendes zu bemerken:
daß es für den rechtlichen Erfolg derselben keinen Unterschied mache, ob der Gast die Sachen und Gelder sofort bei seiner Ankunft, oder erst bei seinem längeren Aufenthalte in den Gasthof mitgebracht oder daselbst in Empfang genommen habe, folgt zwar nicht direct aus den angezogenen Gesetzstellen l. 1. §. 6. und l. 4. §. 2. D. cit. tit. Denn, abgesehen davon, daß diese Stellen nur von Schiffern sprechen, so erhellt auch aus dem Zusammenhange, daß sie nicht sowohl von den verschiedenen Zeiten, zu welchen Sachen in das Schiff gebracht werden, als von den verschiedenen Arten der Gegenstände handeln, indem sie bemerken, daß der Schiffer in gleicher Weise für die Kleidungsstücke des Reisenden, und die Gegenstände, die er sonst zu seinem persönlichen Gebrauche bei sich führt, als für die Waaren und Kaufmannsgüter hafte, mit welchen das Schiff befrachtet wird.

Allein es folgt obiger Satz theils daraus, daß die Gesetze überhaupt keinen Unterschied dieser Art statuiren, theils aus der Natur der Sache, da es an einem vernünftigen Grunde fehlt, wegen der später eingebrachten Sachen ein anderes Rechtsverhältniß anzunehmen, wie z. B. wenn der Fremde während seines Aufenthalts im Gasthause Sachen einkauft, oder Gelder einkassirt, oder der Schiffspassagier an verschiedenen Landungsplätzen Gegenstände an Bord nimmt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen S. gegen M., vom Monat October 1855.) L.

26.

Licitationsgelder von Grundstücken, welche vor Ausbruch des Concurses zu dem Vermögen des Besitzers auf Antrag eines Gläubigers nothwendig subhastirt worden, sind zu dem später entstandenen Schuldenwesen nicht zu ziehen, sondern in Gemäßheit §. 109. des Hypothekengesetzes unter die Real- und Hypothekengläubiger zu vertheilen.

„Wenn die jetzige Klägerin mit der Behauptung und dem Verlangen aufgetreten ist, daß die Erstehungsgelder für das Erbrichtergut zu Linz von der Concursmasse zu trennen und unter die Real- und Hypothekengläubiger dieses Gutes besonders zu vertheilen seien, weil, wie sich nach obigem Sachstande allerdings gar nicht bezweifeln läßt, die Versteigerung des gedachten, nach Maaßgabe des Folienextractes und der Urkunden sub A. B. auch ihr verpfändeten Grundstücks noch vor Ausbruch des Concurses auf Antrag eines einzelnen Pfandgläubigers geschehen sei, so ist dieser Antrag, an sich betrachtet, nach der von dem Oberappellationsgerichte wiederholt ausgesprochenen Ansicht begründet. Es wird genügen, hier im Allgemeinen auf die in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 1. S. 516. und im Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle v. J. 1849. S. 366. 451. und v. J. 1853. S. 105. ff. abgedruckten Erkenntnisse, sowie nicht minder auf die

Abhandlung in der angezogenen Zeitschrift Bd. 12. S. 285 fg. und Bd. 13. S. 489 fg.

Bezug zu nehmen und nur Folgendes noch besonders hervorzuheben:

Dem Pfandgläubiger steht, und zwar nach den Grundsätzen des neueren römischen Rechts, schon als unmittelbare Folge des Pfandvertrages selbst, das Befugniß zu, die verpfändete Sache zum Behufe seiner Befriedigung zu veräußern. Sind auch die Schriftsteller darüber verschiedener Ansicht, ob der Pfandgläubiger bei dieser Veräußerung im eignen Namen, oder nur als Procurator des Pfandschuldners handle, so ist doch nach der richtigen, von

Schneider, l. c. S. 396 fg.

ausführlich entwickelten und gemeinrechtlich besonders durch

l. 42. D. de pignor. act. XIII. 7.
begründeten Meinung anzunehmen, daß der Pfandgläubiger bei der Veräußerung des Pfandes, wo sie von ihm selbst erfolgt, im eignen Namen handle, wenn er auch dabei dem Pfandschuldner für Anwendung der nämlichen Sorgfalt verantwortlich ist, welche unter andern Umständen ein Mandatar zu beobachten haben würde. Hieraus folgt aber, daß die von dem Käufer bezahlten, oder die demselben etwa gestundeten Kaufgelder nicht zu dem Vermögen des Pfandschuldners, sondern zu dem Vermögen des Pfandgläubigers gehören und daß letzterer nur die persönliche Verpflichtung hat, den etwa verbleibenden Ueberschuß (hyperocham) an den Pfandschuldner herauszugeben, sowie eintretenden Falles dem letztern für den Nachtheil zu haften, welcher ihm durch eine, bei dem Verkaufe begangene Vernachlässigung zugezogen worden ist.

Nun hatte zwar schon nach römischem Rechte die Veräußerung eines gerichtlichen Pfandes durch den Richter zu geschehen, und das sächsische Recht hat dieß insofern noch weiter ausgedehnt, als auch bei freiwillig bestellten Hypotheken die Veräußerung des verpfändeten Grundstücks nicht durch den Pfandgläubiger, sondern auf Antrag des letzteren durch den Richter vorzunehmen ist. Allein durch diese Dazwischenkunft der richterlichen Autorität wird in Bezug auf die vorliegende Streitfrage etwas Wesentliches durchaus nicht geändert. Denn der Richter nimmt die Veräußerung eines Pfandes, insbesondere die nothwendige Versteigerung eines Grundstücks zum Behufe der Befriedigung der Pfandgläubiger außerhalb des Concurses, nicht im Namen und Auftrage des Pfandschuldners, welcher sich dieselbe auch gegen seinen Willen gefallen lassen muß, sondern kraft des ihm anvertrauten Amtes, auf Antrag und im Interesse des Pfandgläubigers vor, die bei der Veräußerung erlangten Kaufgelder hat er nicht für den Pfandschuldner, sondern zur Befriedigung des Pfandgläubigers zu vereinnahmen und zu verwenden; es gehören also auch diese Kaufgelder nicht zu dem Vermögen des Schuldners, sondern sie gebühren den Pfandgläubigern, und der Pfandschuldner hat nach der Veräußerung des Pfandes nur noch einen Anspruch auf den, nach Befriedigung des Pfandgläubigers verbleibenden Ueberschuß. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß, wenn die nothwendige Versteigerung eines verpfändeten Grundstückes auf Antrag eines oder mehrerer Pfandgläubiger geschehen und erst nachher Concurs zum Vermögen des Schuldners eröffnet worden ist, die bereits erlegten oder noch außenstehenden Erstehungsgelder nicht zur Concursmasse gezogen werden können, weil nicht diese Erstehungsgelder, sondern nur der persönliche Anspruch auf den, nach Befriedigung der Pfandgläubiger verbleibenden Ueberschuß zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Zur Concursmasse ist aber nur das zu rechnen, was der Gemeinschuldner bei der Concurseröffnung wirklich besitzt.

Es läßt sich auch nicht behaupten, daß nur derjenige Gläubiger,

welcher die Pfandversteigerung beantragt hat, die Trennung des Erlöses von der Masse des später eröffneten Concurses beanspruchen könne, vielmehr steht dieses Befugniß da, wo außer dem Antragsteller noch mehrere Pfandgläubiger vorhanden sind, allen diesen Pfandgläubigern gleichmäßig zu. Denn die Versteigerung des Pfandes durch den zuständigen Richter erfolgt, auch wenn mehrere Pfandgläubiger vorhanden sind, von denen nur einer die Pfandveräußerung verlangt, nicht im Auftrage und im Namen des Pfandschuldners, sondern anstatt und im Interesse des auf Distraction bestehenden Gläubigers, und hierin liegt eben, wie schon erwähnt wurde, der Grund, weshalb der Pfanderlös nicht zu dem Vermögen des letzteren, und folgerecht auch nicht zu der Masse des erst später ausgebrochenen Concurses gehört. Der einzige, durch die Mehrheit der vorhandenen Pfandrechte bedingte Unterschied besteht hier darin, daß der Richter verpflichtet ist, den zur Befriedigung der Pfandgläubiger bestimmten Erlös den gesetzlichen Vorschriften über die Priorität gemäß unter die verschiedenen Gläubiger zu vertheilen, so daß der Pfandschuldner und beziehungsweise dessen Concurs nur den Ueberschuß, welcher nach Abzug **aller** Pfandschulden verbleibt, zu fordern berechtigt ist. Diese Verpflichtung des Richters, die Erstehungsgelder für das nothwendigerweise versteigerte Grundstück zur Befriedigung der Realgläubiger einzuziehen und zu verwenden, ist auch in den neueren sächsischen Gesetzen, §. 41. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 und hauptsächlich und mit specieller Vorzeichnung des hierbei zu beobachtenden Verfahrens, in §. 109 flg. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 verbunden mit §. 29. der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844 ganz bestimmt ausgesprochen worden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Krügerin gegen Hahnin, vom Monat October 1855.) L.

27.

Die Vorschrift des §. 5. des Anhanges zur Erl. Proc.-Ordn. ist auf den Executivproceß nicht zu beschränken.

„Beklagter vermeint zwar, daß, wenn er auch das mehrerwähnte Document ausgestellt habe, hierin doch ein besonderer Verpflichtungsgrund um deswillen nicht zu erblicken sei, weil dasselbe nicht die Thatsachen angebe, durch welche er dem Kläger verbindlich geworden sein solle. Allein der von ihm hierbei angezogene §. 5. des Anhanges zur Erl. P.-O., welcher ausspricht, daß zu einem documento guarentigiato die Angabe der causa debendi specialis nicht erforderlich sei, enthält keine Ausnahme für den Executivproceß. Dieß geht klar daraus hervor, daß als Grund zu der Bestimmung angegeben wird, weil „heutigen Tages auch jedes bloßes factum obligatorium ist." Die an und für sich selbst verständliche Gültigkeit dieses obersten Grundsatzes des vaterländischen Obligationenrechtes aber für den

Executivproceß ausdrücklich anzuerkennen, hatte man einen besonderen Anlaß insofern, als, wie Griebner im Discurs zu jenem §. 5. gedenkt, bis zum Erscheinen der Erl.P.-O. allgemein angenommen wurde, daß executivisch nur dann geklagt werden könne, wenn die dazu benutzte Urkunde den Entstehungsgrund der Verbindlichkeit angebe. Diese Ansicht wollte der §. 5. misbilligen. Keinesweges dagegen läßt sich dem Geiste der Proceßordnung nach voraussetzen, daß die Absicht dahin gegangen sei, auszusprechen, daß zur materiellen Begründung eines Anspruchs alsdann, wenn er im Executivprocesse geltend gemacht werde, weniger erforderlich sei, als wenn er im ordentlichen Processe verfolgt werde. Nun gehört allerdings die Frage, ob der §. 5. des Anhanges zur Erl.P.-O. eine Ausnahmebestimmung für den Executivproceß enthalte, zu den vielfach bestrittenen. Das Oberappellationsgericht hat sich jedoch aus den vorstehend angedeuteten Gründen für die Verneinung derselben zu entscheiden gehabt und vorkommenden Falles dem gemäß erkannt,

von Langenn und Kori, Erörterungen practischer Rechtsfragen Th. III. S. 184."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Weber gegen Münz, vom Monat October 1855.) L.

28.

Der Grundsatz, daß die zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgte Ausstellung eines Wechsels eine Novation enthalte, gilt auch von domicilirten Wechseln.

„Nach der von dem Oberappellationsgerichte angenommenen und constant befolgten Meinung

vergl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1848. S. 336. und Jahrg. 1853. S. 470.

Zeitschrift für Rechtspflege 2c. N. F. Bd. XII. S. 475. und Bd. XIII. S. 336.

entsteht durch die zur Erfüllung eines andern Vertrags bewirkte Wechselbegebung an sich eine privative Novation, so daß, die Wechsel im Geschäftsverkehre als Zahlungsmittel betrachtet werden, die ursprüngliche Verbindlichkeit des Schuldners als erfüllt anzusehen ist und der Gläubiger nicht wieder auf das frühere Vertragsverhältniß zurückkommen, sondern lediglich den Anspruch aus dem Wechsel verfolgen kann, dafern nicht etwa die Parteien ausdrücklich dahin sich vereinigt haben, daß die frühere Verbindlichkeit nebenbei noch fortdauere, beziehentlich daß die Wechsel nur bedingungsweise oder eventuell als Zahlung gelten sollen. Auch versteht es sich von selbst, daß die im 33. Artikel der allgemeinen deutschen Wechselordnung nachgelassene Klage wegen Bereicherung des Wechselausstellers mit dem Schaden des Inhabers nicht ausgeschlossen ist.

Im gegenwärtigen Falle nun hat der Kläger selbst angeführt, daß E. und M. ihm wegen seiner klagbar gemachten Forderung außer der bereits in der Klage erwähnten, wirklich gedeckten Rimesse, auch noch zwei andere, nämlich die Bl. — und Bl. — zu den Acten gebrachten Wechsel ausgestellt und zugesendet haben, nicht aber hat er sich darauf zu beziehen vermocht, daß zufolge besonderer Uebereinkunft die Verbindlichkeit aus dem ursprünglichen Vertrage nebenbei habe fortdauern und die Wechsel nur eventuell oder bedingt als Zahlung haben gelten sollen; jenes Zugeständniß des Klägers ist von dem Beklagten bestens acceptirt worden. Diese beiden ult. Juni 1852, also vor Anstellung der Klage zahlbar gewesenen Wechsel stellen sich als eigne domicilirte Wechsel dar. Nun hat Kläger nicht behaupten können, daß er dieselben dem Domiciliaten zur Zahlung präsentirt und daselbst habe protestiren lassen. Artikel 99. der angezogenen Wechselordnung schreibt aber ausdrücklich vor, daß, wenn die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiciliaten verabsäumt sei, der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller und die Indossanten verloren gehe, und nach Art. 83., welcher zufolge Art. 98. auch auf eigne Wechsel Anwendung leidet, bleibt in einem solchen Falle der Aussteller dem Inhaber nur noch so weit verpflichtet, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde. Zur Begründung einer solchen Klage genügt aber wieder nicht die bloße Beziehung auf das ursprüngliche Vertragsverhältniß, sondern es müssen noch außerdem specielle Umstände angeführt werden, aus denen sich entnehmen läßt, daß wirklich in Folge von Verabsäumungen oder sonst eine Bereicherung des Beklagten mit Klägers Schaden Statt finden würde.

vergl. Wochenbl. für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1853 S. 469 und 470.

Unter diesen Umständen hat man in der angegebenen Richtung lediglich der ersten Instanz beizupflichten und die Klage in tantum angebrachtermaaßen abzuweisen gehabt; denn die Art und Weise, wie Beklagter hinsichtlich der fraglichen beiden Wechsel sich ausgesprochen hat, gestattet nicht, von diesen Wechseln ganz abzusehen, indem zur Zeit für den Beklagten noch gar keine Verbindlichkeit existirt hat, über dieselben mit Bestimmtheit sich zu erklären, und eben so wenig mag dem Beklagten entgegengehalten werden, daß er nirgends behauptet habe, es sei durch Unterlassung der Präsentation zur Zahlung und der Protesterhebung ihm ein Nachtheil entstanden, der eine in compensationem zu bringende Schädenforderung begründe, indem einer Seits auch in dieser Beziehung für ihn die Nothwendigkeit einer Erklärung zur Zeit nicht vorgelegen hat, anderer Seits es vielmehr Sache des Klägers sein würde, zu behaupten und nachzuweisen, das Beklagter sich mit seinem Schaden bereichern würde."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Seyfferheld gegen Eberhardt, vom Monat October 1855.)

L.

29.

Der Besitzer eines Feldes kann von seinem Nachbar wenigstens in der Regel nicht gehindert werden, seinen Ackerfurchen eine Richtung zu geben, welche er will.

„Was der Kläger in seiner Appellationsdeduction vorgebracht, ist nicht geeignet gewesen, zu einer Herstellung des Gerichtsbescheides zu bestimmen. Denn

zu 1.,

daß der Kläger sich nicht über Anlegung von Wasserfurchen, sondern darüber beschweren wollte, daß den Ackerfurchen eine veränderte Richtung gegeben worden sei, geht schon aus dem Klagvorbringen mit hinreichender Bestimmtheit hervor, und erhellt überdies aus den Herauslassungen Bl. — Eben deshalb getraut sich Kläger auch jetzt nicht, geradezu fest und entschieden zu behaupten, daß die Furchen, von denen er für sein Grundstück Nachtheil befürchtet, Wasserfurchen seien, sondern sagt nur, daß sie nicht blos gewöhnliche Ackerfurchen, sondern Wasserfurchen um deswillen seien, weil das Wasser in ihnen herabfließe. Allein dadurch, daß die Ackerfurche, der Bodensenkung folgend, den natürlichen Lauf des Wassers fördert, wird sie nicht zur Wasserfurche.

l. 24. pr. §. 1. D. de aqua et aquae pluviae arcendae (39. 3.)

erklärt in dieser Beziehung:

> „Vicinus loci superioris pratum ita arabat, ut per sulcos, itemque porcas aqua ad inferiorem veniret. Quaesitum est, an per arbitrum aquae pluviae arcendae possit cogi, ut in alteram partem araret, ne sulci in ejus agrum spectarent. Respondit, non posse eum facere, quo minus agrum vicinus, quemadmodum vellet, araret, sed si quis sulcos transversos aquarios faceret, per quos in ejus agrum aqua deflueret, hosce ut aperiret, per arbitrum aquae pluviae arcendae posse cogere."

Uebereinstimmend in der Hauptsache hiermit sagt l. 1. §. 5. eod.:

> Sed et si quis arare et serere possit etiam sine sulcis aquariis, teneri eum, si quid ex his, licet agri colendi caussa, videatur fecisse. Quod si aliter serere non possit, nisi sulcos aquarios fecerit, non teneri. Ofilius autem ait: sulcos agri colendi caussa directos ita, ut in unam pergant partem, jus esse facere.

Hiernach soll das Ziehen von Wasserfurchen zum Nachtheile des Nachbars nur dann erlaubt sein, wenn und so weit es nöthig ist, um den Acker pflügen und besäen zu können. Ackerfurchen aber sind nicht darum für Wasserfurchen anzusehen, weil in ihnen das Wasser

der Bodensenkung gemäß zum Nachbar abfließt. Dies folgt auch schon nothwendig aus dem in l. 1. §. 3. D. eod. ausgesprochenen Grundsatze, daß der Regel nach wegen solcher Arbeiten, welche zum Behufe des Landbaues mit dem Pfluge vorgenommen werden, von Niemand Beschwerde erhoben werden kann.

Inhalts der Klage besitzt der Beklagte ein Feld, welches höher liegt, als die Besitzung des Klägers. Er hat nun im Jahre 1835 die Furchenlage, welche damals die Richtung von Abend nach Morgen hatte, auf einem Theile seines Feldes dergestalt geändert, daß die Furchen nunmehr von Mitternacht nach Mittag in der Richtung nach Klägers Besitzthum hingezogen sind. Dies zu thun, war ihm nach den eben erwähnten Gesetzbestimmungen erlaubt und es hat Kläger um so weniger Anlaß, sich über diese Aenderung zu beschweren, als er selbst zugeben muß, daß das Regenwasser auch ohne die Furchen der natürlichen Bodenneigung zu Folge auf seine Grundstücke herabfließen müßte. Derselbe hat, wie es scheint, bei Erhebung der Klage diesen Einwand auch schon vorausgesehen und, um ihm möglichst zu begegnen, sich darauf bezogen, daß die Furchenlage auf des Beklagten Felde seit länger als 100 Jahren die Richtung von Abend nach Morgen gehabt habe. Er glaubt demnach sich auf die vetustas stützen zu können. Die Grundsätze derselben jedoch sind, wie sich bei einer näheren Betrachtung sofort herausstellt, auf ein Verhältniß der vorliegenden Art nicht anwendbar.

Die vetustas nämlich, welche in den Gesetzen nur bei Regulirung der nachbarlichen Verhältnisse in Bezug auf den Lauf des Regenwassers erwähnt wird, setzt ein opus voraus, cujus non exstat memoria. l. 1. §. 23. l. 2. §. 1. 3. 4. 5. 7. De aqua et aq. pluv. (39. 3.) l. 3. §. 4. D. de aq. quot. et aest. (43. 20.) l. 28. D. de probat. (22. 3.), das Werk muß also zu einer Zeit entstanden sein, von welcher Niemand Kenntniß hat. Die Folge der vetustas ist, daß, wer eine Interesse an der Erhaltung des alten Werkes hat, das Fortbestehen desselben verlangen kann. l. 1. §. 23. D. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3.) l. 2. pr. D. eod. Die vetustas vertritt hier vicem legis. Es wird angenommen, als ob durch ausdrückliche Bestimmung festgesetzt sei, daß das Werk zur Regulirung der nachbarlichen Wasserverhältnisse bleibend dienen soll.

Die Ackerfurchen sind keine solchen Vorrichtungen, deren Entstehen über Menschengedenken zurückfällt. Vielmehr werden sie häufig, bisweilen sogar in demselben Jahre mehrere Male erneuert. Sie charakterisiren sich auch nicht gleich Dämmen und Gräben, von welchen die über die vetustas sich aussprechenden Gesetzvorschriften hauptsächlich handeln, als Vorrichtungen zur Regulirung des Wasserlaufes, vielmehr sind sie nur Mittel zur Bodencultur. Von ihnen läßt sich daher nicht, wie von Dämmen und Gräben, sagen, daß sie eine gleichsam verkörperte lex agri bilden und zwar dieß um so

weniger, als die Gesetze den bestimmten Satz aufstellen, daß es lediglich von dem Belieben eines Grundstücksbesitzers abhängt, welche Richtung er der Furchenlage geben will, demnach, wenn er dieselbe auch über Menschengedenken in derselben Weise fortbestehen ließ, darin eben immer nur eine Aeußerung der ihm zustehenden Willkühr erblickt werden kann."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Enghardt gegen Berger, vom Monat October 1855.)

L.

II.

Leidet der Grundsatz, daß, wenn eine Sache an Mehrere besonders verkauft worden ist, der zweite Käufer, welcher die Sache tradirt erhalten, dem ersten Käufer vorgeht, noch gegenwärtig bei Immobilien Anwendung?

Vom Herrn Oberappellationsrath **Siebenhaar** in Dresden.

Wenn ein und dieselbe Sache an Mehrere verkauft worden ist, so kann dieß zunächst so geschehen sein, daß die mehreren Käufer gemeinschaftlich, d. h. so, daß ein Jeder von ihnen gegen Bezahlung des Kaufpreises pro rata die Sache nach einem entsprechenden verhältnißmäßigen Theile haben soll, gekauft haben. Dieses Verhältniß bietet Gelegenheit zu mehreren interessanten und in ihrer Beantwortung schwierigen Fragen, die hier nur im Vorbeigehen eine Erwähnung finden mögen. Gewöhnlich glaubt man, daß alle Zweifel, welche rücksichtlich der Füglichkeit der Geltendmachung des antheiligen Rechtes des einzelnen Käufers sich ergeben, in der l. 31 §. 8 D. de aedilit. edicto ihre Lösung finden. Diese Gesetzstelle, welche wörtlich also lautet:

> Idem Marcellus ait: non posse alterum ex dominis consequi actione ex emto, ut sibi pro parte venditor tradat, etsi pro portione pretium dabit, et hoc in emtoribus servare oportere ait; nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciat,

handelt von dem Falle, wo ein im gemeinschaftlichen Eigenthume Mehrerer befindlicher Sclave eine Sache gekauft hat, und spricht den auch sonst in ähnlichen Verhältnissen anerkannten (vergl. die

angegebene l. 31. §§. 5., 6., 9., 10. und l. 84. §. 13. D. de legat. I.) Grundsatz, daß einer von den mehreren Herrn des Sclaven die Klage auf Uebergabe des auf ihn antheilig kommenden Theiles der Sache gegen Bezahlung des antheiligen Kaufpreises nicht habe, mit der Bemerkung aus, daß dasselbe auch in dem Falle gelte, wo Mehrere dieselbe Sache gekauft haben, und giebt als Ration dafür an, daß der Verkäufer die verkaufte Sache so lange, bis er wegen des ganzen Kaufpreises befriedigt sei, pignoris loco zu retiniren das Recht habe. Hiernach reducirt sich die Disposition der angegebenen Gesetzstelle auf ein bloßes Verneinen der Zulässigkeit der Klage aus dem Kaufe auf Gewährung der erkauften Sache pro rata gegen Zahlung des Kaufpreises pro rata. Ob der einzelne Käufer diese Klage, sei es auf den verhältnißmäßigen Theil der Sache, sei es auf die ganze Sache habe, wenn er, um den in der l. 31 §. 8. angegebenen, aus dem Retentionsrechte des Verkäufers abgeleiteten Grund zu beseitigen, zu Erlegung des ganzen Kaufpreises sich versteht, wird darin weiter nicht erwähnt und man befindet sich schon hierbei auf einem unsicheren, unter den Füßen schwankenden Boden, indem man von den Gesetzen verlassen und auf die Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen verwiesen ist. Dürfte nun aber auch so viel mit einiger Bestimmtheit sich behaupten lassen, daß auch unter den gedachten Voraussetzungen eine Klage wider den Verkäufer nicht begründet sei, weil, wenn die Sache pro rata tradirt würde, der Verkäufer gegen seinen Willen und gegen die beim Verkaufe zu erkennen gegebene Absicht gezwungen würde, in eine Communion zu treten, und in so weit die Ausantwortung der ganzen Sache gefordert worden wäre, es an der Legitimation des klagenden einzelnen Käufers für seine Mitkäufer fehlte, der Verkäufer also den Ansprüchen der letzteren blos gestellt würde, so führt dennoch das Princip, daß der einzelne Käufer nicht selbstständig für sich klagen kann, sondern entweder des Beitrittes seiner Mitkäufer bedarf, oder sich wenigstens für diese zugleich zu legitimiren hat, zu dem auffälligen Resultate, daß derselbe bei Verfolgung seines Rechtes in eine absolute Abhängigkeit kommt, wenn die Mitkäufer der Klage wider den Verkäufer beizutreten verweigern. Von den Auswegen, welche die Gesetze in anderen Fällen, wo Mehrere genöthigt sind, gemeinschaftlich zu klagen, zu Erledigung der für die Rechte des Einzelnen bestehenden Ungleichheit angeben,

findet auf den hier gedachten Fall keine Anwendung. Zunächst gilt dieß von der l. 84. §. 13. D. de legat. I., welche also lautet:

> Si is, cui legatum fuerat, antequam constitueret, qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt; quare quamdiu alter vindicare vult, alter in personam agere non potest. Sed si consenserint, rem communiter habebunt; consentire autem vel sua sponte debent, vel judice imminente.

Denn ließen sich auch die allgemeinen und unbestimmten Worte, „judice imminente," wenn man sie mit der Institutionenstelle §. 23. I. de legatis,

> optionis legatum, i. e. ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem; et ideo, nisi ipse legatarius vivus optasset, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc in meliorem statum reformatum est, et data est licentia heredi optare, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est, sive plures legatarii exstiterint, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes sint, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte hoc esse dirimondum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione praecellat,

in Verbindung bringt, dahin erklären, daß bei einer Meinungsverschiedenheit der Erben des Legatars über die Wahl zwischen der rei vindicatio und der actio personalis ex testamento der Richter das Loos entscheiden lassen könne, so differirt doch der Fall der l. 84. §. 13. D. de legat. I. von dem hier zur Frage stehenden, wo die mehreren Käufer über die Geltendmachung ihrer Rechte aus dem gemeinschaftlich geschlossenen Kaufe verschiedener Ansicht sind, insofern wesentlich, als in dem ersteren die mehreren Interessenten über den Gebrauch des Rechtes mit einander einverstanden sind, und nur über die Art der Klage ver-

schiedene Meinung haben, in dem letzteren aber auch über den Gebrauch ihres Rechtes in ihren Ansichten von einander abweichen. Eben so wenig geben die in den Gesetzen enthaltenen, den Conflict der Rechte der mehreren Erben eines Depositars betreffenden Anordnungen, namentlich in l. 1. §. 36. und 37. D. de deposit. vel contra,

> §. 36. Si pecunia in saeculo signato deposita sit, et unus ex heredibus ejus, qui deposuit, veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. Promenda pecunia est vel coram Praetore, vel intervenientibus honestis personis, et exsolvenda pro parte hereditaria, sed etsi resignetur, non contra legem depositi fiet, cum vel Praetore auctore, vel honestis personis intervenientibus hoc eveniet, residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit, sigillis videlicet prius ei impressis, vel a Praetore, vel ab his, quibus coram signacula remota sunt, vel, si hoc recusaverit, in aede deponendo. Sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere, satisdatione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra ejus partem est, satisdatione autem non interveniente, rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari. §. 37. Apud Julianum lib. XIII. Digestorum talis species relata est: ait enim, si depositor decesserit, et duo existant, qui inter se contendant, unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est, adversus alterum reum defendere, (hoc est, eum, qui depositum suscepit,) quod si neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait, non esse cogendum a Praetore judicium suscipere, oportere igitur rem deponi in aede aliqua, donec de hereditate judicetur, und in der l. 14. pr. D. eodem,
>
> Si plures heredes exstiterint ei, qui deposuerit, dicitur, si major pars adierit, restituendam rem praesentibus. Majorem autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intelligendam, cautela idonea reddenda.

irgend einen Anhalt zu Hebung des mißlichen Verhältnisses, in dem der einzelne Käufer sich befindet, wenn er wider den Verkäufer

Klage erheben will, sein Mitkäufer aber den Beitritt zur Klage verweigert. Und läßt sich nun auch denken, daß zwischen den mehreren Käufern ein solches Contractsverhältniß bestehen kann, vermöge dessen sie zur gemeinschaftlichen Verfolgung ihrer Ansprüche wider den Verkäufer gehalten sind, obschon auch in diesem Falle immer wieder der Zweifel sich ergiebt, ob eine solche Verbindlichkeit executionsfähig sei, so wird doch die Nothwendigkeit des gemeinschaftlichen Klagens der mehreren Käufer eine Unmöglichkeit des Gebrauchs seines Rechtes für den einzelnen Käufer, wenn entweder ein solches Contractsverhältniß zwischen ihm und seinen Mitkäufern nicht besteht, oder die letzteren sich ihres Befugnisses wider den Verkäufer, z. B. in Folge eines Vergleiches, begeben haben. Wenigstens gehört die Frage, wie dem einzelnen Käufer in diesen Fällen zu helfen sei, zu denjenigen Fragen, welche schwierig zu beantworten sind und eine nur irgend befriedigende Lösung noch nicht gefunden haben.

Betrachten wir auf der anderen Seite die rechtliche Stellung des Verkäufers, welcher an Mehrere verkauft hat, so eröffnet sich uns ebenfalls ein weites Gebiet streitiger Rechtsfragen. Die erste und vorzüglichste Frage ist, ob der Verkäufer in diesem Falle gegen den einzelnen Käufer auf Bezahlung des antheiligen Kaufpreises gegen Gewährung des verhältnißmäßigen Antheiles der Sache zu klagen berechtigt ist. Nach dem, was oben über das Verhältniß des Käufers gesagt worden ist, und nach dem Geiste der l. 62. §. 1. D. evictionibus,

> Si ei, qui mihi vendidit, plures heredes exstiterunt, una de evictione obligatio est, omnibusque denuntiari, et omnes defendere debent. Si de industria non venerit in judicium, unus tamen ex his litem sustineat, propter denunciationis vigorem et praedictam absentiam omnibus vincit, aut vincitur, recteque cum ceteris agam, quod evictionis nomine victi sunt.

möchte dieß zu verneinen sein. Wenn aber der Verkäufer genöthigt ist, wider alle Käufer gemeinschaftlich zu klagen, so ergeben sich wiederum Zweifel darüber, wie es zu halten sei, wenn entweder gegen einen von den mehreren Käufern der Abschluß des gemeinschaftlichen Kaufes nicht bewiesen wird, oder nach rechtskräftiger condemnatorischer Entscheidung gegen alle Käufer einer derselben dem Judicato nicht genügen kann.

Wir haben bereits oben bemerkt, daß wir die zweifelhaften Fragen, welche das Verhältniß des gemeinschaftlichen Verkaufes an mehrere Käufer betreffen, nur zu erwähnen beabsichtigen und gehen auf den zweiten Fall des Verkaufes an Mehrere, nämlich den über, wo dieselbe Sache an Mehrere besonders verkauft worden ist. In dieser Materie begegnet man einigen Grundsätzen, welche gleichsam traditionell geworden sind. Man unterscheidet nämlich

a) zwischen dem Falle, wo die verkaufte Sache noch keinem der mehreren Käufer übergeben worden ist, und
b) dem Falle, wo die Tradition der Sache bereits an einen der mehreren Käufer stattgefunden hat.

In dem Falle unter a. legt man bei Beantwortung der Frage, welcher von den Käufern ein Recht auf die Uebergabe der Sache habe, und welcher von ihnen mit einer bloßen Schädenklage wider den Verkäufer sich begnügen müsse, ein Gewicht auf die Priorität der Zeit, indem man demjenigen Käufer, welcher der Zeit nach zuerst gekauft hat, das Recht, die Uebergabe der Sache zu verlangen, vor demjenigen zuschreibt, welcher den Kauf über dieselbe Sache später geschlossen hat. Die Gründe für diese Ansicht sind verschieden. Einige wollen diese Meinung in der allgemeinen Regel, in pari causa qui prior est tempore, potior jure, begründet finden, Andere beziehen sich zu deren Rechtfertigung auf die Analogie der l. 26. D. locat. und des cap. ult. pr. in 6to de sponsalibus. An dem angegebenen Vorzugsrechte des ersten Käufers wird jedoch nicht gezweifelt. Haben dagegen die mehreren Käufer zu gleicher Zeit gekauft, so soll bei einem Streite zwischen ihnen über das Vorzugsrecht das Loos entscheiden.

In dem Falle unter b. soll derjenige Käufer, welcher die Sache bereits übergeben erhalten hat, ein stärkeres Recht haben, und der andere Käufer blos actione emti gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen können. Zum Beweise dieses Satzes bezieht man sich auf l. 15. Cod. de rei vindicat.

> Quoties duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse, ac pretium exsolvisse, apud praesidem provinciae probaveris,

> obtentu non datorum instrumentorum expelli te a possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris accipere, ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumtuum ratio habeatur, cum et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem convenit.

und l. 6 Cod. de heredit. vel. act. vend.

> Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus eorum perseveravit, et ideo, vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogetur.

Diese Sätze, so alt und unbestritten sie sind, haben immerhin ihre Bedenken gegen sich. Der Umfang und die Stärke der Rechte der verschiedenen Käufer kann nur in dem Verhältnisse zu dem Verpflichteten, dem Verkäufer, bestimmt werden. In dieser Beziehung stehen sie sich, die Käufe mögen gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten geschlossen worden sein, rechtlich einander völlig gleich. Denn sie gehen, vermöge ihrer rein persönlichen Natur, sämmtlich blos dahin, daß der Verkäufer verpflichtet sei, gegen Bezahlung des Kaufpreises die verkaufte Sache zu überlassen, oder dafern dieß nicht möglich ist, das Interesse zu vergüten. Thatsächlich beschränken sie sich gegenseitig in so fern, als natürlich der Verkäufer seine Verpflichtung blos gegen den einen Käufer erfüllen, und dem andern Ersatz leisten kann. Dieß führt jedoch blos dahin, daß es im Grunde von dem Verkäufer abhängt, wem er die Sache selbst überliefern, und wen er entschädigen will, weil vor der Uebergabe kein dingliches Recht an der Sache begründet ist. Von einer Vergleichung der Rechte der mehreren Käufer in ihrem Verhältnisse zu einander kann dagegen keine Rede sein. Denn es fehlt an den rechtlichen Beziehungen, welche in dieser Hinsicht mit einander zusammengehalten werden könnten. Soll freilich dessenungeachtet die Frage beantwortet werden, welches Recht stärker und vorzüglicher sei, so steht allerdings nichts entgegen, schließlich der Priorität der Zeit oder dem Loose den Ausschlag geben zu lassen, je nachdem die Käufe zu verschiedenen Zeiten oder gleichzeitig geschlossen worden sind, weil einmal die Vergleichungsmerkmale nicht in der Sache liegen, sondern

von auswärts her geholt werden müssen, es kann dieß aber nicht als etwas dem Kaufe Eigenthümliches angesehen werden.

Eben so giebt es zu Mißverständnissen Anlaß, wenn in dem Falle unter b. von einem Vorzugsrechte des Käufers, welcher die Sache übergeben erhalten hat, gesprochen wird, während hier einfach die rechtliche Verschiedenheit der Rechte der mehreren Käufer die Norm zur Entscheidung abgiebt. Der Kauf, welcher lediglich ein persönliches Recht gegen den Verkäufer auf Ueberlieferung des gekauften Gegenstandes gegen Zahlung des Kaufgeldes, oder nach Befinden auf Vergütung des Interesses giebt, hat weder auf das factische Verhältniß des Verkäufers zur Sache, noch auf das Recht desselben an der Sache irgend einen Einfluß. Es ist daher einer Seits der Verkäufer durch den Abschluß eines Kaufes nicht gehindert, die Sache anderweit gültig zu verkaufen. Es enthält aber auch andrer Seits der anderweite Verkauf an und für sich keinen Grund der Unmöglichkeit der Erfüllung des ersten Kaufes. Anders gestaltet sich dagegen das Verhältniß, wenn der Verkäufer die Sache bereits einem der mehreren Käufer übergeben hat. Denn hierdurch wird das zur Erfüllung des Kaufes gegenüber dem anderen Käufer erforderliche factische Verhältniß des Verkäufers zur Sache aufgehoben, und während nun der eine Käufer in Folge der an ihn bewirkten Tradition das Eigenthum oder doch wenigstens ein des Schutzes durch die publiciana in rem actio theilhaftiges Recht erlangt, hat der andere Käufer blos eine persönliche Klage wider seinen Käufer, deren Tendenz, nachdem der Verkäufer die factische Disposition über die Sache verloren hat, nicht mehr auf Uebergabe der Sache, sondern blos auf Leistung des Interesses gerichtet sein kann. Der Grund, warum der Käufer, dem die Sache übergeben worden ist, die Sache behält, der andere Käufer aber blos eine Klage auf Vergütung des Interesses hat, liegt daher in dem Eigenthume, oder dem gleichstehenden Realrechte des Ersteren an der Sache und in der rein persönlichen Natur der Klage des Letzteren. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß erstens die Tradition dieselbe Wirkung hervorbringt, die mehrern Käufe mögen gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten geschlossen worden sein, und es mag die Sache in dem letzteren Falle dem ersten oder zweiten Käufer übergeben werden, und zweitens zu dem Eintritte der rechtlichen Folgen der Tradition die Zahlung des Kaufpreises oder wenigstens die Cre-

ditirung des letzteren gehört, weil nur unter diesen Voraussetzungen von einen Uebergange des Eigenthums von dem Verkäufer auf den Käufer die Rede sein kann. (l. 19. 53. D. de contrah. emt. vend. l. 5. §. 18. D. de tribut. act. §. 41. I. de rerum divis.)

Man hat die Ansicht aufgestellt, daß derjenige Käufer, welchem die Sache tradirt worden, die mit der Tradition verbundenen Vortheile nicht habe, wenn er der zweite Käufer gewesen sei und um den ersten Kauf gewußt habe. Indessen liegt auf der Hand, daß in der bloßen Wissenschaft um den ersten Kauf ein dolus nicht liegt, weil der Verkäufer durch den ersten Kauf nicht gehindert ist, die Sache anderweit zu verkaufen, und der zweite Käufer keine Verpflichtung hat, sich darum zu bekümmern, wie sein Verkäufer mit dem ersten Käufer sich abfinden werde, daß aber auch, wenn man selbst in diesem Falle einen dolus statuiren könnte, daraus immer noch nicht folgen würde, daß der erste Käufer die dem zweiten Käufer übergebene Sache in Anspruch nehmen könnte.

Es entsteht nun die Frage, ob die vorstehend angegebenen Grundsätze über die Tradition der verkauften Sache auch gegenwärtig noch in Sachsen gelten, oder ob solche durch das Grund- und Hypothekengesetz vom 6. November 1843, nach welchem die Erlangung des Eigenthums an Immobilien an die Form des Besitzeintrags in das Grund- und Hypothekenbuch geknüpft ist, eine Aenderung erlitten haben. Diese Frage ist neuerlich in einem Processe zur Entscheidung gekommen, und da anzunehmen steht, daß es für die Leser dieser Zeitschrift von Interesse ist, die Meinungen der Gerichte über diese practisch wichtige Frage kennen zu lernen, so theilen wir den Fall, sammt den von den drei Instanzen in dieser Sache gesprochenen Entscheidungen im Nachstehenden mit.

Das Thatsächliche des Falles bestand im Wesentlichen in Folgendem: A. hatte sein Haus in D. zu einer Zeit, wo er sich nur erst im Naturalbesitze desselben befunden, im Monat September 1850 an B. verkauft. Ohngefähr ein halbes Jahr später hatte er dasselbe anderweit an C. verkauft und solches dem letzteren außergerichtlich übergeben. Kurz darauf war er als Civilbesitzer des Hauses in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen worden.

Beide Käufer hatten wider A. auf Erfüllung des Kaufes

geklagt und eine condemnatoria erlangt, auch zu Sicherung ihrer Rechte gegen Veräußerung und Verpfändung des Grundstückes protestirt. Dieselben stritten sich nun darum, wer von ihnen als Besitzer des Grundstückes einzutragen wäre, indem B. den früheren Abschluß seines Kaufes, C. aber seinen Naturalbesitz geltend machte. Uebrigens hatte B. nicht bezweifelt, daß C. das Grundstück gekauft und außergerichtlich übergeben erhalten, C. aber in Abrede gestellt, daß B. gekauft und namentlich vor ihm gekauft hätte, endlich aber B. sich darauf bezogen, daß C. in dolo versirt, indem er gewußt hätte, daß das Grundstück bereits verkauft wäre.

Der erste Bescheid, in welchem der erste Käufer B. als Kläger, der Verkäufer A. als Beklagter, der zweite Käufer C. als Intervenient aufgeführt wurde, lautete also:

Würde Kläger die aufgestellten Behauptungen,

> daß der zwischen ihm und dem Beklagten erfolgte Kaufsabschluß über das in der Klage näher beschriebene, dermalen im bürgerlichen Eigenthume des letzteren befindliche Grundstück bereits am 8. September 1850 erfolgt sei, sowie daß er den Intervenienten, bevor dieser von dem besagten Grundstücke Besitz genommen, davon, daß er, Kläger, dasselbe bereits am 8. September 1850 von Beklagtem erkauft, in Kenntniß gesetzt habe,

binnen Sächsischer Frist dem Intervenienten der Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung und andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht erweisen, so ergehet wegen des Gesuchs um Eintragung des Klägers als Besitzer der vorgedachten Immobilien in das Grund- und Hypothekenbuch, sowohl der von Bl. — an erwachsenen Kosten halber, insoweit nicht schon über letztere entschieden worden, ferner was Recht ist.

Entscheidungsgründe.

Beklagter ist bürgerlicher Eigenthümer eines Grundstücks, welches derselbe, noch ehe er das Civileigenthum daran erlangt gehabt, wie Kläger behauptet, am 7. September 1850 an diesen und später am 17. März 1851 an den Intervenienten verkauft hat. Beide Käufer haben ihre behaupteten Ansprüche im Rechtswege verfolgt und gegen den Beklagten verurtheilende Erkenntnisse erlangt. Einem jeden von ihnen hat sich jedoch rücksichtlich der Erwerbung des Civilbesitzes der Umstand entgegengestellt,

daß von der einen, wie von der anderen Seite gegen die Uebertragung des Eigenthums protestirt, und davon Bemerkung zum Grund- und Hypothekenbuche gemacht worden ist ꝛc.

Ueber die hier einschlagenden rechtlichen Grundsätze ist nun zuvörderst Folgendes vorauszuschicken:

Ist eine Sache von dem Eigenthümer an verschiedene Personen verkauft worden, so geht derjenige unter ihnen vor, welchem sie zuerst übergeben worden ist.

Fr. 12. Dig. de rei vind. (6. 1.).
Const. 15. Cod. eod. (3. 32.).
Leyser, med. ad Pand. spec. 444. med. 3.

Es wird jedoch dabei vorausgesetzt, daß der Besitzer bei der Besitzerwerbung in gutem Glauben sich befunden, also insonderheit nicht gewußt habe, daß dieselbe Sache schon einem anderen verkauft gewesen sei. Denn wer eine bereits verkaufte Sache anderweit verkauft, handelt dolose, und der Käufer, welcher davon Kenntniß hat, macht sich dadurch der Theilnahme an der dolosen Handlung schuldig, was auf des letzteren Seite verhindert, rechtliche Folgen hervorzubringen.

Fr. 10. §. 3. Dig. quae in fraud. credit. etc. (41. 8.).
Leyser, loc. cit.
Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts §. 1391. und die in der Note e. angeführten Schriftsteller.

Sodann die vorliegenden factischen Verhältnisse anlangend, hat Kläger zur Genüge zugegeben, daß Intervenient im Besitze des hier in Frage befangenen Grundstücks sich befinde, er hat jedoch dennoch einen Vorzug vor demselben unter der doppelten Behauptung geltend gemacht, daß

a.

sein Kaufsrecht älter als das des Intervenienten sei, demnächst aber

b.

daß letzterer den Besitz mala fide, nämlich in dem Bewußtsein erlangt, daß dasselbe Grundstück bereits früher von ihm, Klägern, erkauft worden sei.

Es kann daher, da

zu b.

der Intervenient die desfallsigen Thatumstände bestimmt in Abrede gestellt hat, Kläger mit deren Erweise nicht verschont wer-

den. Die dagegen von letzterem angezogenen Entscheidungen des Königlichen Appellationsgerichtes und des Königlichen Oberappellationsgerichtes sind hierunter nicht hinderlich. Denn daraus, daß dem Intervenienten die Erfüllung des Gesuchs um seine Eintragung als Civilbesitzer versagt worden ist, folgt selbstverständlich noch keineswegs, daß dem ebenfalls dahin gerichteten Antrage des Klägers ohne Weiteres entsprochen werden müßte.

Weiter hat zwar zu

a.

Intervenient selbst nur behauptet, daß sein Kaufsrecht erst vom 17. März 1851 seinen Ursprung habe, er hat aber andererseits nicht zugegeben, was von Klägern über die Zeit des zwischen ihm und Beklagten abgeschlossenen Kaufes angeführt worden. Nun ist allerdings in dem zwischen den zuletzt genannten Personen geführten Rechtsstreite rechtskräftig entschieden, daß der unter diesen abgeschlossene Kauf am 8. September 1850 perfect geworden sei. Inzwischen das hierdurch erzeugte formelle Recht dient zunächst nur für die Parteien selbst zur Norm und ist nicht von der Art, daß der Intervenient als Dritter dadurch ohne Weiteres verpflichtet würde.

Es bildet somit auch dieses Moment ein Glied der Kette, deren Dasein erfordert wird, um für den Kläger ein allseitig günstiges Resultat zu gewinnen.

Schließlich könnte es sich fragen, ob nicht Kläger ebenfalls gleichwie der Intervenient zur besonderen Klaganstellung zu verweisen gewesen wäre. Da jedoch die Streitpunkte, um welche allein es dermalen sich noch handelt, offen zu Tage liegen, so hat es zur Abschneidung größerer Weiterungen keinem Bedenken unterliegen können, sofort auf Beweis zu sprechen.

Der Kostenpunkt bedarf keiner besonderen Rechtfertigung.

Auf von beiden Theilen eingewendete Rechtsmittel erkannte das Appellationsgericht zu Dresden rein confirmatorisch, unter Hinzufügung nachstehender Motiven.

Entscheidungsgründe.

Da man mit den Entscheidungsgründen der vorigen Instanz im Wesentlichen einverstanden ist, bedarf es nur der folgenden Bemerkung zu Widerlegung dessen, was der Kläger in seiner Deductionsschrift und Intervenient zu Begründung seiner Adhäsion vorgebracht hat.

Zur Appellation Klägers.

Kläger bestreitet überhaupt, daß in dem gegenwärtigen Stadium des Processes ein Beweis noch zulässig sei,

1) weil in der Hauptsache bereits rechtskräftig entschieden worden und

2) weil Intervenient, wo nicht mit seinem Anspruche, so doch zu Anstellung besonderer Klage zu verweisen gewesen wäre. Allein

zu 1. beruht die diesfallsige Behauptung auf einem völligen Mißverstehen der Verhältnisse, denn

a) hat das hiesige Stadtgericht nur in seiner Eigenschaft als Hypothekenbehörde und zwar

b) wie dies hiernach nicht anders geschehen konnte, nur durch Resolution, nicht durch Erkenntniß, übrigens aber auch nur

c) in der zwischen Klägern und Beklagten anhängigen, damals also Intervenienten nur unmittelbar berührenden Rechtssache,

d) nach der ausdrücklichen Bemerkung der gedachten Behörde, wie sie ihrerseits des Klägers Eintragung „nicht zu beanstanden haben wird", nur ihre Ansicht ausgesprochen, keineswegs aber die Differenz entschieden.

Zu 2., Ein Grund, den Intervenienten abzuweisen, ist vom Kläger nicht einmal aufgestellt worden, und liegt auch nicht vor.

Ebenso bedarf es einer Verweisung des Ersteren zur Anstellung förmlicher Klage nicht, da die thatsächlichen Verhältnisse, welche in der vorliegenden Differenz in Frage kommen, so einfach sind, daß über dieselben schon jetzt rechtlich erkannt werden kann, und auch durch jene Verweisung nur unnöthige Weiterungen und ein überflüssiger Aufwand an Zeit und Kosten herbeigeführt werden würde, deren Vermeidung im wahren Interesse des Klägers ebenso liegt, wie in dem des Intervenienten.

Mit Recht ist dem Kläger und nicht dem Intervenienten der Beweis auferlegt worden.

Was Kläger hiergegen eingewendet hat, ist aus einem Verkennen der vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse und einschlagenden Rechtsgrundsätze hervorgegangen, und beruht außerdem auf einem Mißverständnisse der zwischen ihm und dem Intervenienten ergangenen Verordnungen. Kläger sowohl als Interve-

nicht haben gegen den Beklagten rechtskräftige Entscheidungen auf Erfüllung der von ihnen mit demselben über das in Rede stehende Grundstück geschlossenen Kaufverträge, insbesondere auf Uebertragung des Eigenthumes an selbigen auf sie erlangt. Insoweit also stehen sie einander gleich.

Was aber ihr Verhältniß gegen einander anlangt, so steht zwischen ihnen nach ihren Erklärungen so viel fest, daß zwar beide das in Frage befangene Grundstück vom Beklagten erkauft haben, daß aber Intervenient im Besitze des Grundstückes sei. Hiernach würde in Gemäßheit des von der ersten Instanz angezogenen Rechtsgrundsatzes Intervenient dem Kläger vorgehen, und es würde, um den Streit zwischen beiden zu entscheiden, einer weiteren Beweisführung gar nicht bedürfen, vielmehr wäre ohne Weiteres zu Gunsten des Intervenienten zu erkennen gewesen. Nun hat aber Kläger, um den Einfluß jenes dem Intervenienten zur Seite stehenden Moments zu beseitigen, behauptet, nicht blos, daß er das Grundstück früher als Intervenient vom Beklagten erkauft habe, sondern auch, daß Intervenient hiermit bekannt gewesen sei, als er den Besitz erlangt, denselben also in bösem Glauben erworben habe. Daß man diese Behauptungen in erster Instanz beachtet hat, gereicht natürlich dem Kläger nicht zur Beschwerde. Ebenso wenig hat er aber eine gegründete Veranlassung, sich darüber zu beschweren, daß man ihm den Beweis derselben auferlegt hat. Denn ihn trifft nach bekannten Rechtsgrundsätzen die Beweislast, weil er den bestehenden Zustand verändert wissen will, indem er demjenigen, welcher im Besitze der Sache ist, dieselbe zu entziehen beabsichtigt und zu diesem Behufe thatsächliche Behauptungen aufstellt, deren Wahrheit nicht vermuthet werden kann. Wenn sich Kläger gegen die Uebernahme der Beweislast auf dasjenige berufen will, was er gegen den Beklagten ausgeführt hat, so vergißt er ganz, daß er es hier nicht mit diesem, sondern mit dem Intervenienten zu thun hat, für welchen Verhandlungen und Entscheidungen über das obligatorische Verhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten, bekannten Rechten nach, nicht präjudicirlich, sondern res inter alios actae sind.

Was die vom Kläger angezogenen Verordnungen des Königlichen Appellationsgerichts und des Königlichen Oberappellations-

gerichts anlangt, so ist durch dieselben allerdings Intervenient mit seinem Anspruche auf den Rechtsweg verwiesen worden. Allein dieser ist gegenwärtig betreten, und aus jener Verweisung folgt in keiner Weise, daß den Intervenienten auf dem Rechtswege auch die Beweislast treffen müsse. Ueber diese ist durch jene Verordnungen gar nicht entschieden, die Entscheidung über selbige vielmehr selbstverständlich den künftigen Erkenntnissen, nach Betretung des Rechtsweges überlassen worden, da die Frage, wer zu beweisen habe, von der Beschaffenheit der zur Ausführung ihrer Rechte von den Parteien aufgestellten, thatsächlichen Behauptungen abhängt.

Wenn der Kläger ferner gegen die Fassung des Beweisthemas Einwendungen vorbringt, und

zu A. behauptet, dasselbe sei theilweise überflüssig, weil der zwischen ihm und Beklagten erfolgte Kaufsabschluß vom 8. September 1850 vom Beklagten ausdrücklich, vom Intervenienten implicite bereits zugestanden worden, so beruht es auf einem bekannten Rechtsgrundsätze und bedarf keiner besonderen Ausführung, daß das, was Beklagter dem **Kläger** gegenüber in dem zwischen ihnen verhandelten Processe zugestanden hat, den Intervenienten nicht tangirt und daß daher auch bei der vorliegenden Frage der Kläger dem Intervenienten gegenüber auf ein Zugeständniß des Beklagten sich nicht berufen kann. Was dagegen die angeblichen Zugeständnisse des Intervenienten selbst betrifft, so sind dieselben, wie sie Kläger anzieht, zwar von der Art, daß sie Kläger nach Befinden bei seinem Beweise zu dessen Unterstützung wird benutzen können, keinesweges aber so klar und unzweideutig, daß sie als die zu beweisende Thatsache in Liquidität setzend angesehen werden könnten.

Weiter behauptet Kläger

zu B., der ihm auferlegte Beweis der Thatsache, wie er den Intervenienten davon in Kenntniß gesetzt habe, daß er das fragliche Grundstück bereits am 8. September 1850 erkauft habe, sei völlig irrelevant, weil

1) es schon genüge, daß er ein älteres Recht habe und es da des Beweises des **besseren**, bona fide erworbenen, nicht bedürfe. Allein man kann hier einfach auf den Grundsatz, welchen Kläger nur bestritten, aber zu widerlegen nicht einmal ver-

sucht hat, und auf dasjenige verweisen, was weiter unten in Bezug auf die Adhäsion des Intervenienten bemerkt werden wird. Anlangend aber

2) die Behauptung, daß die Uebergabe und der Naturalbesitz im vorliegenden Falle nicht entscheiden, und überhaupt nicht von Einfluß sein können, so ist vom Kläger von falschen Voraussetzungen ausgegangen worden. Denn der Grundsatz, daß unter zweien, welchen die nämliche Sache von demselben verkauft worden ist, derjenige vorgeht, welchem sie zuerst übergeben wurde, ist in dem Falle, wenn keiner von beiden das Civileigenthum erlangt hat — welcher Fall hier vorliegt — heut zu Tage auch bei Grundstücken noch ebenso anwendbar, wie nach Römischem Rechte. Dem steht auch weder der vom Kläger angezogene §. 6. des Gesetzes, die Grund- und Hypothekenbücher 2c. betreffend, vom 6. November 1843, noch der §. 2. desselben Gesetzes, welcher noch mit mehr Schein hätte angezogen werden können, entgegen. Denn die in diesen §§. ausgesprochenen Bestimmungen beziehen sich einzig und allein auf die Frage, was nach Sächsischem Rechte zur Erwerbung des Civileigenthums erfordert wird, lassen aber die auf die Uebertragung des Besitzes an sich folgenden rechtlichen Wirkungen, welche im gegenwärtigen Falle allein in Frage sind, ganz unberührt. Eben so wenig von Einfluß ist das weitere Anführen Klägers, daß Intervenient sich in seiner Klage gegen den gemeinschaftlichen Auctor auf eine außergerichtliche Uebergabe gar nicht bezogen habe. Denn er hat sich dem Kläger gegenüber deutlich und bestimmt genug auf eine solche berufen und dies ist für die vorliegende Differenz ausreichend. Der Umstand aber, daß A. am 17. März 1851 noch nicht Civileigenthümer des damals dem Intervenienten nach dessen Anführen übergebenen Grundstücks gewesen, ist in der hier fraglichen Beziehung gleichgültig, da, wie Kläger selbst nicht in Abrede stellen kann, Beklagter nachher, und zwar unter dem 7. Mai 1851, das Civileigenthum an dem in Rede stehenden Grundstücke erlangt hat.

L. 42. D. de usurpat. X. L. I. 3.

Unpassend ist endlich auch

3) die Bezugnahme auf §. 22. und 23. unter 1. des angezogenen Gesetzes vom 6. November 1843.

Dort wird nämlich weiter nichts gesagt, als daß vermöge

der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung für den, der nach den in dem gedachten Buche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt, alle seiner Handlung nach jenen Einträgen angemessenen rechtlichen Wirkungen hervorbringe — und daß ein früherer, aber nicht eingetragener Erwerber eines Grundstücks, den späteren, in gutem Glauben befindlichen und eingetragenen Erwerber desselben nicht verdrängen könne. Daß der letztere Fall ein ganz anderer sei, als der vorliegende, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ebenso leuchtet es aber bei nur einiger logischer Betrachtung der Sache von selbst ein, daß der Schluß: weil der frühere Erwerber dem späteren Erwerber dann nachsteht, wenn der letztere in gutem Glauben erworben hat und eingetragen ist, so muß, wenn keiner von Beiden eingetragen ist, der frühere Erwerber dem späteren allemal vorgehen, falsch sei. Denn bei diesem Schlusse wird der Obersatz, welcher sich nur auf das Verhältniß des eingetragenen Besitzers zu dem nicht eingetragenen bezieht, auf ein Verhältniß angewendet, in welchem jene wesentliche Voraussetzung seiner Anwendbarkeit gar nicht vorhanden ist.

Für den hier vorliegenden Fall, in welchem zwei nicht eingetragene Käufer desselben Grundstücks einander gegenüberstehen, hat das Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher 2c. betreffend, eine Bestimmung weder treffen wollen, noch getroffen. Es ist also für diesen, durch jenes Gesetz in keiner Weise berührten Fall das bisherige Recht gültig geblieben und dieses ist in den Entscheidungsgründen erster Instanz angegeben worden. Darnach geht der frühere Erwerber dem späteren Erwerber, welchem die Sache von dem gemeinschaftlichen Veräußerer übergeben worden ist, nur dann vor, wenn der frühere Käufer die mala fides — nicht, wie Kläger sagt, die bona fides — des späteren Erwerbers nachweisen kann.

Das Weitere hierüber wird sofort im Folgenden bemerkt werden.

Zur Adhäsion des Intervenienten.

Auch der Intervenient hält den von der ersten Instanz erkannten Beweis für überflüssig und verlangt vielmehr, daß ohne Weiteres zu seinen Gunsten entschieden werde, weil er im Besitze des fraglichen Grundstückes sich befinde und bei einer derartigen

Collision zweier Käufer derjenige vorgehe, welchem die Sache zuerst übergeben worden sei.

Nun ist es allerdings richtig, daß nach den, im römischen Rechte enthaltenen, eine Collision der vorliegenden Art betreffenden Stellen die Uebergabe der verkauften Sache an den einen oder den anderen Käufer als das entscheidende Moment hervorgehoben wird, so daß der spätere Käufer dem früheren vorgehen soll, wenn die Sache dem ersteren bereits übergeben worden ist. Vergleiche außer den von der ersten Instanz angeführten Stellen,

L. 72. D. de rei vind. VI. 1.

L. 15. C. eod. III. 32.

wie noch

L. 6. C. de her. vend. IV. 39.

wie denn auch die Erlangung des Besitzes als der den Vorrang bestimmende Umstand in dem Falle bezeichnet wird, wenn der Verkäufer selbst nicht Eigenthümer gewesen ist, obschon rücksichtlich dieses Falles die Aussprüche der Quellen zu Zweifeln Veranlassung geben, deren Erörterung nicht hierher gehört.

L. 9. §. 4. D. de publ. in rem act. VI. 2.

L. 31. §. 2. D. de act. emti vend. XIX. 1.

L. 14. D. qui potiores in pign. XX. 4.

Demgemäß wird auch von vielen Rechtslehrern in dem obigen, hier vorliegenden Falle des Verkaufs von Seiten des nämlichen Eigenthümers an zwei Käufer unter den letzteren der Besitzer unbedingt vorgezogen, mag er in gutem Glauben, d. h. unbekannt mit dem schon vorher an einen Anderen erfolgten Verkaufe, oder nicht, den Besitz erlangt haben.

Wissenbach, in libr. VI. priores Cod. Comment. ad L. 15. C. cit.

Hommel, Rhaps. quaest. obs. 883. Vol. VI. pag. 581 sq.

Glück, Erläuterung d. Pandect. Theil XVII. S. 219.

Thibaut, System des Pandecten-Rechts, §. 714. der 8ten Ausgabe.

Treitschke, der Kaufcontract, §. 56. und 88. S. 126 flg. und 203.

Indessen hat doch die Modification jenes Grundsatzes, welche von mehreren Rechtslehrern aufgestellt wird, daß nämlich, damit der Besitz des späteren Käufers demselben den Vorrang vor dem

früheren Käufer geben könne, guter Glaube auf Seiten des ersteren vorausgesetzt sei, erhebliche Gründe für sich. Vergleiche besonders

Berger, Suppl. ad Elect. disc. for. P. II. tit. V. p. 216 sq.

Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 444. med. 3.

Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts §. 468. Anmerkung b. §. 547. Anmerkung b. §. 1391. Anmerkung c.

Es wird nämlich jene Modification zwar nicht durch die in prima angezogene L. 10. §. 3. D. quae in fr. credit. XLII. 8., als welche sich auf ein ganz anderes Verhältniß als das vorliegende bezieht, wohl aber durch die Erwägung gerechtfertigt, daß der Verkäufer, welcher eine von ihm selbst schon an den Einen verkaufte Sache hierauf noch an einen Andern verkauft, eines sich als dolus darstellenden Contractsbruches gegen den ersteren schuldig macht und demselben für den hieraus entstehenden Schaden verantwortlich ist,

L. 6. C. cit.

L. 1. §. 2. D. de dolo malo IV. 3.

und daß der Käufer, welcher wissentlich die schon einem Andern verkaufte Sache kauft und sich übergeben läßt, an jenem dolus seines Mitcontrahenten Theil nimmt, und dadurch ebenso wie dieser für den Schaden des Andern verantwortlich wird. Dieß wird auch von dem Vertheidiger der obigen strengeren Ansicht nicht verkannt, und namentlich giebt

Hommel, l. c. §. 9. p. 505.

zu, daß der verkürzte Käufer gegen den andern eine actio ex L. Aquilia utilis auf Entschädigung anstellen könne. Das Object des von dem dolosen Käufer zu leistenden Schadenersatzes besteht nun in dem Werthe der dem verkürzten Käufer entzogenen verkauften Sache. Kann aber diese Sache selbst noch geleistet werden, so mag der Beschädigte nicht genöthigt werden, sich mit dem Werthe derselben abfinden zu lassen, sondern er kann die Sache selbst fordern. Dies führt in einem Falle der vorliegenden Art dahin, daß er dem dolosen Käufer, wenn schon dieser den Besitz der Sache erlangt hat, vorgezogen und ihm in Folge dessen ein Recht auf Uebertragung zum Behufe des Eigenthumserwerbs gegen den Besitzer zugestanden werden muß. Diese Ansicht ver-

dient um so mehr Billigung, als sie mit dem gegenwärtig in Sachsen geltenden Principe bei der Collision zwischen zwei Erwerbern eines Grundstücks, welchen dasselbe von dem nämlichen Besitzer veräußert und von welchen der eine als Eigenthümer eingetragen worden ist, harmonirt, indem auch in diesem Falle der gute Glaube eine wesentliche Voraussetzung für den Vorzug des letzteren bildet.

vergl. Gesetz vom 6. November 1843. §. 23. unter No. 1.

Demgemäß hat man auch auf die Adhäsion des Intervenienten den Bescheid erster Instanz zu bestätigen sich bewogen gefunden.

Auf nochmalige Appellationen beider Theile erkannte das Oberappellationsgericht reformatorisch also:

„daß es mit Ausnahme desjenigen, was über die Kosten der zweiten Instanz erkannt worden ist, als wobei es bewendet, bei nur gedachtem Urthel nicht zu lassen, sondern es ist, des von dem Intervenienten erhobenen Widerspruches ungeachtet, mit dem gerichtlichen Eintrage des Klägers, als Besitzers des Hausgrundstückes sub No. — der —straße zu verfahren; es werden jedoch die Kosten der Differenz zwischen dem Kläger und dem Intervenienten compensirt."

Die in gegenwärtiger Instanz entstandenen Kosten werden zwischen den Parteien aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

Nimmt man die Thatsachen, wie sie nach den beiliegenden Acten in dem Verhältnisse zwischen dem Kläger und Intervenienten einer und dem Beklagten andrer Seits erwiesen vorliegen, auch in den gegenseitigen Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Intervenienten für dargethan an, so hat der Kläger den Vortheil für sich, daß er den Kauf über das Hausgrundstück sub. No. 17. der A....straße mit dem Beklagten früher geschlossen hat als der Intervenient, während der Intervenient in Folge seines Kaufes das Grundstück außergerichtlich übergeben erhalten hat, was bei dem Kläger nicht der Fall ist. Hiernach hängt die Entscheidung der Frage, welche von den beiden Käufern des gedachten fundus ein vorzüglicheres Recht auf die gerichtliche Zuschreibung habe, von der Beantwortung der doppelten Frage ob,

1) ob der Kläger vermöge des früheren Abschlusses des Kaufes ein Vorzugsrecht vor dem Intervenienten habe, und

2) ob dieses Vorzugsrecht durch den Naturalbesitz des Intervenienten aufgehoben und zu nichte gemacht werde.

So viel die Frage

ad 1.

angeht, so fehlt es allerdings an einem ausdrücklichen Gesetze, welches ausspräche, daß, wenn ein und derselbe Gegenstand an mehrere Personen verkauft worden ist, der erste Käufer den späteren Käufern vorginge. Einige Rechtslehrer wollen dieß aus dem allgemeinen Grundsatze, in pari causa qui prior tempore, est potior jure, folgern. Andere beziehen sich zum Beweise der Behauptung, daß der erste Käufer auf gerichtliche Hülfe einen vorzugsweisen Anspruch habe, um die Sache selbst zu erlangen, auf die Analogie der l. 26. D. locat. und des cap. ult. pr. in sext. de sponsalib. Ließe sich nun aber auch der Zweifel erheben, ob jener Grundsatz und diese Gesetzstellen etwas bewiesen, so stimmen doch alle Rechtslehrer, welche die angegebene Frage berühren, in der Sache selbst und zwar darin überein, daß bei dem gleichzeitigen Vorhandensein mehrerer Käufer der erste Käufer ein Recht habe, die Auslieferung der Sache selbst zu verlangen und den späteren Käufern blos die Klage auf Ersatzleistung gegen den Verkäufer vorbehalten bleibe, und es mag von dieser communis opinio in dem vorliegenden Falle um so weniger abgegangen werden, als das Oberappellationsgericht bisher dieselbe Ansicht befolgt hat.

Anlangend die Frage

ad 2.

so hat das Oberappellationsgericht, welches übrigens in den besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falles, namentlich in dem Umstande, daß der Beklagte die Käufe mit dem Kläger und dem Intervenienten eher geschlossen hat, als er selbst als Besitzer des Grundstückes sub No. — der —straße eingetragen gewesen ist, keinen Grund hat finden können, warum das Hypothekengesetz hier nicht maaßgebend sein sollte, bei sorgfältiger Berathung der Sache die Ueberzeugung gewonnen, daß die außergerichtliche Uebergabe eines Grundstücks keine Vortheile und Befugnisse gewähre, welche nach den Grundsätzen des Hypothekengesetzes bei einem Streite zwischen den mehreren Käufern des Immobiles

berücksichtigt werden können. Man ist zu dieser Ueberzeugung durch nachstehende Gedanken- und Schlußfolge gelangt.

Wirft man zunächst die Frage auf, warum nach den von der vorigen Instanz angeführten römischen Gesetzen der spätere Käufer, welcher die Sache bereits übergeben erhalten hat, dem ersten Käufer vorgehe, so findet man, daß das entscheidende Moment in der physischen Unmöglichkeit liegt, in welcher der Verkäufer in diesem Falle sich befindet, seine Verbindlichkeiten gegenüber dem ersten Käufer erfüllen zu können. Denn durch die Uebergabe der Sache an den späteren Käufer verliert der Verkäufer die factische Disposition über die Sache, deren er zur Erfüllung seiner durch den ersten Verkauf übernommenen Verpflichtungen bedarf, und während nun der erste Käufer blos eine persönliche Klage auf Ueberlassung des erkauften Gegenstandes gegen Bezahlung des Kaufpreises wider den Verkäufer hat, erlangt der spätere Käufer durch die Tradition das Eigenthum oder ein des Schutzes mittelst der publiciana in rem actio theilhaftiges Realrecht an der Sache, welches ihm durch den ersten Käufer nicht wieder entzogen werden kann.

Dieß sind die Grundsätze des römischen Rechtes, und in so weit es sich um Mobilien handelt, kann über deren noch gegenwärtige Anwendbarkeit und Gültigkeit kein Zweifel vorhanden sein. Anders gestaltet sich jedoch das Verhältniß nach Sächsischem Rechte bei Immobilien, wie in dem Nachstehenden gezeigt werden soll.

In Sachsen hatten bekanntlich mehrere Stellen in den Rechtsbüchern des Mittelalters frühzeitig Veranlassung zu der Lehre gegeben, daß zur Erwerbung des Eigenthums an Allodialgütern die von dem Richter der gelegenen Sache bewirkte Uebergabe, nach vorgängiger Lossagung des zeitherigen Eigenthümers von seinem Rechte, gehöre. Diese Lehre wurde später von der Gesetzgebung ausdrücklich angenommen. Die Verfasser der Consultationen bemerkten zu der Frage, ob die Verpfändung unbeweglicher Güter vor dem Richter der gelegenen Sache geschehen müsse, „es sei dieß eine nützliche Ordnung und den Sächsischen Rechten gleichförmig, sintemal in diff. Saxon. diff. 4. und dann Dr. Reinhardt diff. 4. per art. 52. lib. 1. (Spec. Sax.) und dergleichen Text, so da sagen, daß Uebergeben unbeweglicher Güter vor dem Gericht, darunter sie gelegen, geschehen müssen, auch auf die Verpfändung gezogen werden, aus dem gemein üblichen Gebrauch, davon sie

attestiren." In dessen Gemäßheit wurde in der 23sten Const. P. II. verordnet, daß die Verpfändungen beweglicher Güter von der Obrigkeit, darunter sie gelegen, nach Sachsenrecht geschehen müsse, und wenn schon des allgemeinen Satzes, daß zu Uebertragung des Eigenthumes an dergleichen Gütern die gerichtliche Beleihung erforderlich wäre, nicht ausdrücklich Erwähnung geschah, so war dennoch durch den Zusatz „nach Sachsenrecht," und „so ist doch solches der Oerter, da Sächsisch Recht gehalten, durch langwierigen Gebrauch anders eingeführt" auf eine Usualinterpretation der mittelalterlichen Quellen des Sächsischen Rechtes und die daraus abgeleitete Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung und Beleihung dergestalt bestimmt hingedeutet worden, daß die Interpreten der Constitutionen an jenem Grundsatze festhielten, obschon sie denselben in manchen Beziehungen, namentlich in der Lehre über die rechtlichen Folgen der außergerichtlichen Uebergabe gegenüber dritten Personen, zu beschränken suchten. Zu Erledigung der in der letzteren Beziehung entstandenen Zweifel war die Dec. 61. vom Jahre 1661 bestimmt, in welcher ganz im Allgemeinen festgesetzt wurde, „daß hinführo eine Extrajudicialübergabe und Einräumung eines unbeweglichen Stück Gutes nicht für gnugsam zu halten sein, sondern nach üblichem Gerichtsbrauche und Art zu reden, die Lehn auf vorgehende des vorigen possessoris Auflassung vermittelst des Lehnherrens auf dem Lande und in Städten gerichtlich erlangt werden sollte." Bei strenger Durchführung des hierin ausgesprochenen Princips waren bei den Immobilien alle Rechte ausgeschlossen, welche das recipirte römische Recht mit der außergerichtlichen Uebergabe verband. Dessenungeachtet entstanden sehr bald nach der Publication der angegebenen Decision neue Streitigkeiten über das Verhältniß, in welches das Sächsische Recht zu dem römischen Rechte, dem das Institut der Beleihung völlig fremd war, treten müßte, und es gab eine Anzahl Rechtslehrer, welche fort und fort die Behauptung aufstellten, daß der Käufer, welcher ein Grundstück außergerichtlich übergeben erhalten habe, auch noch nach Sächsischem Rechte aller derjenigen Befugnisse theilhaftig wäre, welche ihm das römische Recht gegenüber dem zu feines Verkäufers Vermögen ausgebrochenen Schuldenwesen und gegenüber dem früheren Käufer des Grundstückes, ingleichen rücksichtlich der Fähigkeit, durch Verjährung das volle Eigenthum zu erwerben, verlieh.

Dieß gab Veranlassung zu der Dec. I. vom Jahre 1746, in welcher die Vorschrift der Dec. 61. vom Jahre 1661, daß ohne Lehnsreichung Eigenthum an Immobilien gar nicht übertragen werden könne, im Allgemeinen bestätigt, jedoch dahin modificirt wurde, daß derjenige, welcher zwar nicht gerichtlich beliehen wäre, jedoch das Grundstück unter Verhältnissen, die allgemeinen Rechtsprincipien zufolge das Eigenthum zu geben geeignet sind, erworben hätte, die publiciana in rem actio hätte, zu Anstellung der actio negatoria berechtigt wäre, und das Eigenthum an dem Grundstücke durch die erwerbende Verjährung erlangen könnte. Durch das Anerkenntniß des Fortbestehens der publiciana in rem actio wurde die fernere Gültigkeit des Grundsatzes des römischen Rechtes, daß, wenn ein Grundstück zu verschiedenen Zeiten verkauft worden ist, derjenige Käufer, welcher das Grundstück übergeben erhalten hat, vor dem anderen Käufer, auch selbst dann, wenn dieser den Kauf vorher geschlossen, den Vorzug habe, bestätigt, und wenn nach der Dec. I. vom Jahre 1746 demgemäß erkannt worden ist, wie dieß von dem vormaligen Landesappellationsgerichte und von dem Oberappellationsgerichte geschehen ist, so stimmt dieß mit dem Gesetze selbst vollkommen überein. Nach der angegebenen Decision nämlich gab es eine doppelte Art von Eigenthum an Grundstücken, nämlich ein Civileigenthum, welches durch die gerichtliche Beleihung erworben wurde und das Recht, die eigentliche rei vindicatio anzustellen, gewährte, und ein Naturaleigenthum, welches zur publiciana in rem actio berechtigte und dann als vorhanden zu betrachten war, wenn Jemand das Grundstück unter einem rechtmäßigen Titel, der zum Erwerbe von Eigenthum geeignet ist, an sich gebracht hatte und in dessen Besitz gelangt war. Beide Arten des Eigenthums ließen sich als neben einander bestehend denken und es konnte, wenn das Civil- und Naturaleigenthum in zwei verschiedenen Händen sich befand und zwischen den verschiedenen Eigenthümern kein besonderes Contractsverhältniß bestand, welches hieran etwas änderte, weder der Civileigenthümer gegen den Naturaleigenthümer auf Uebergabe des Grundstückes, noch der Naturaleigenthümer gegen den Civilbesitzer auf Verschaffung der Lehn klagen, während die beiderseitigen Eigenthümer in ihren Rechten an dem Grundstücke sich insofern beschränkten, als einer Seits der Civileigenthümer die Macht hatte, das Grundstück mit Hypotheken zu belasten, und anderer

Seits der Naturaleigenthümer in der Lage sich befand, das volle Eigenthum durch die erwerbende Verjährung zu erlangen. Hatte nun Jemand sein Grundstück an zwei Personen zu verschiedenen Zeiten verkauft und dem späteren Käufer außergerichtlich tradirt, so erledigte sich das Recht, welches der erste Käufer auf vorzugsweise Uebertragung der Sache hatte, in Folge der Vortheile, welche theils die exceptio rei venditae et traditae, theils die publiciana in rem actio dem zweiten Käufer boten, und wenn schon in diesem Falle nicht geradehin ausgeschlossen gewesen wäre, daß der Verkäufer dessenungeachtet dem ersten Käufer die Lehn an dem Grundstücke hätte reichen lassen können, ohne zugleich den Naturalbesitz zu prästiren, so wäre dieß doch ein Ausweg gewesen, welcher weder in dem Interesse des ersten Käufers gelegen hätte, noch, da man in dieser Beziehung einmal die Grundsätze des römischen Rechtes für entscheidend ansah, von den Gerichten gebilligt worden wäre, wenn er, was jedoch schwerlich der Fall gewesen sein dürfte, ja einmal gewählt worden sein sollte.

Durch das Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, vom 6. November 1843 ist nun aber diese Lehre wesentlich verändert worden, indem nach demselben die außergerichtliche Uebergabe eines Immobiles weder die publiciana in rem actio, noch überhaupt Rechte, welche dritten Personen gegenüber als wirksam sich zeigen, gewährt und hiernach der Grund sich erledigt, warum nach römischem Rechte der zweite Käufer, welcher das erkaufte Grundstück übergeben erhalten, vor dem ersten Käufer den Vorrang hatte. Zu Rechtfertigung dieses Satzes mögen nachstehende Bemerkungen dienen.

1) Das Hypothekengesetz beruht bekanntlich auf dem Principe der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher, zufolge dessen, so weit das Hypothekengesetz die Eintragung von Realrechten für nöthig erachtet, oder gestattet, das Dasein und die Wirksamkeit von dergleichen Rechten an einem Immobile von dem Eintrage in das Grund- und Hypothekenbuch abhängt, und Titel, mittelst deren nach dem Civilrechte dergleichen Befugnisse entstehen können, z. B. Vertrag, res judicata, Gesetz u. s. w., zu bloßen Ansprüchen herabsinken, auf deren Grund der Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch mittelst persönlicher Klage gefordert werden kann. Mit diesem Principe würde es unvereinbar sein, wenn man der bloßen außergerichtlichen Uebergabe eines

Grundstückes eine Wirkung beilegen wollte, welche über die Person des Tradenten und die Gränzen der exceptio venditae et traditae hinausginge.

2) Wenn namentlich im §. 22. des Hypothekengesetzes bestimmt ist, daß vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung, die auf das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstücke sich bezieht, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt hat, alle rechtlichen Wirkungen hervorbringen soll, die der Handlung, nach jenen Einträgen, angemessen sind, so ergiebt sich daraus, daß bei Immobilien Rechte mit der Wirkung dritten Personen gegenüber blos durch den Eintrag entstehen können, alle anderen Rechte aber, selbst wenn sie nach den Grundsätzen des Civilrechtes reale Eigenschaft haben, wie dieß beim Naturalbesitze eines Grundstückes allerdings der Fall ist, in ihren Wirkungen als bloße persönliche Rechte zu betrachten sind.

3) Vorzüglich entscheidend ist §. 2. des Hypothekengesetzes, zufolge dessen das bürgerliche Eigenthum an Grundstücken als dingliches Recht nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt wird, während es zur Uebertragung des Eigenthums an dergleichen Immobilien einer Uebergabe des Besitzes nicht bedarf. Denn wenn hiernach ein Eigenthum an Grundstücken, zwar blos durch den Eintrag, aber auch durch solchen in seinem ganzen Umfange und mit allen seinen Folgen gegenüber dritten Personen erworben wird, so ist geradehin ausgeschlossen, daß die außergerichtliche Uebergabe eines Grundstückes noch gegenwärtig die rechtliche Wirkung haben sollte, welche sie nach römischem Rechte hatte und vermöge welcher der zweite Käufer ausnahmweise vor dem ersten Käufer thatsächlich einen Vorzug genoß.

4) Das Hypothekengesetz erkennt in §§. 24., 51., 147—149. Protestationen als wirksame Mittel zur Sicherung von Rechten an. Die Protestationen würden aber ganz erfolg- und zwecklos sein, wenn man der außergerichtlichen Uebergabe eines Grundstückes die Folge beilegen wollte, daß der dadurch erlangte Besitz des Schutzes durch die plubliciana in rem actio theilhaftig wäre.

5) Wie oben gezeigt worden ist, beruht der Vorzug des

Käufers, welcher in den Naturalbesitz gesetzt worden ist, nach römischem Rechte darin, daß der Verkäufer außer Stande sich befand, den Vertrag, den er mit einer andern Person geschlossen, durch Ueberlassung des verkauften Gegenstandes erfüllen zu können. Diese Unmöglichkeit der Erfüllung tritt nach dem Hypothekengesetze bei Immobilien nicht ein, indem der Besitz-Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche auch dann noch mit voller Wirkung erfolgen kann, wenn der Naturalbesitz in der Hand eines Andern sich befindet, und so wie hiernach der Vorzug des Naturalbesitzes überhaupt wegfällt, so würde, selbst wenn dieß nicht der Fall wäre, dieser Vorzug doch nicht dahin erstreckt werden können, daß er ein Recht, den Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche zu verlangen, geben könnte.

6) Wenn man hiergegen auf den §. 1. der Ausführungsverordnung zum Hypothekengesetze sich beziehen wollte, so würde sich dieß durch die Bemerkung erledigen, daß der bestimmten Vorschrift des Hypothekengesetzes gegenüber die Ausführungsverordnung nicht soweit ausgedehnt werden kann, daß sie den gesetzlichen Hauptgrundsatz, auf welchem das ganze Gesetz beruht, modificirte, wie denn auch der darin benannte Fall blos eine Legitimationsfrage betrifft.

7) Zu erwähnen ist endlich, daß das Verhältniß desjenigen, welcher ein Grundstück gekauft und gegen Bezahlung des Kaufpreises außergerichtlich übergeben erhalten hat, dem zu seines Verkäufers Vermögen ausgebrochenen Schuldenwesen gegenüber, von dem hier zur Frage stehenden Verhältnisse der mehreren Käufer eines Grundstückes zu einander in so fern wesentlich differirt, als in dem ersteren es sich um die Verbindlichkeit eines Successors des Verkäufers handelt, was in dem letzteren nicht der Fall ist.

Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich, daß der Kläger ein vorzüglicheres Recht auf den Eintrag als Besitzer des Grundstückes unter Nr. 17. der A . . . straße haben würde, wenn er, wie er behauptet, den Kauf über dieses Haus bereits am 8. September **1850** geschlossen hätte, indem der Intervenient nach seinem eigenen Anführen dasselbe Grundstück erst am 17. März **1851**, mithin später, gekauft hat und die außergerichtliche Uebergabe, auf welche er sich zu Beseitigung des dem Kläger aus der Priorität der Zeit zustehenden Vorzuges beruft, für die Entscheidung unwesentlich ist. Daß der Kläger den Kauf in der That zu

der angegebenen Zeit geschlossen habe, ist nun allerdings inhalts der beiliegenden Acten blos dem Beklagten gegenüber bewiesen, während der Intervenient dieß seiner Seits fort und fort in Abrede gestellt hat, und es könnte das Ansehen gewinnen, als ob der Kläger auch noch dem Intervenienten gegenüber den Beweis dieses Umstandes zu führen hätte. Dieß hat man jedoch aus nachstehenden Gründen nicht angenommen. Wäre, wie dieß in den vorigen Instanzen geschehen ist, die Entscheidung von dem Beweise eines dolus des Intervenienten abhängig zu machen gewesen, so würde, da dieß eben voraussetzt, daß der Intervenient außerdem durch die außergerichtliche Uebergabe des Grundstückes Rechte erworben haben würde, welche auch dritten Personen gegenüber wirksam wären, ein solcher Beweis nicht zu umgehen gewesen sein. Nach dem in gegenwärtiger Instanz aufgestellten Gesichtspuncte aber handelt es sich nicht um gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Kläger und dem Intervenienten, sondern um Verpflichtungen des Beklagten gegenüber dem Kläger und dem Intervenienten, als solchen Personen, welche in gar keinem Contractsverhältnisse zu einander stehen, sondern blos über die Execution ihrer beiderseitigen Rechte gegen den Beklagten streiten. Es kann daher blos von einem Beweise dem Beklagten gegenüber die Rede sein und es hat der Intervenient den Beweis, welchen der Kläger dem Beklagten gegenüber geführt hat, wenigstens bis zu dem hier nicht vorhandenen Beweise des Gegentheils gegen sich gelten zu lassen.

Aus diesen Gründen war so, wie im vorstehenden Urthel enthalten, in der Hauptsache zu erkennen.

Angehend die Entscheidung über die Kosten der Differenz und der Rechtsmittel, so bedarf solche bei den in der Entscheidung liegenden Zweifeln und bei dem Wechsel der Entscheidungen keiner besonderen Rechtfertigung.

Präjudizien.

30.

Unter welchen Voraussetzungen kann der Käufer eines Grundstückes darauf klagen, daß ihm der Verkäufer die zugesicherte Scheffelzahl Landes prästire?

„In der erhobenen Klage ist zwar angeführt, daß Beklagter bei Abschluß des fraglichen Handels dem Kläger versichert, daß die ihm verkauften Grundstücke 22 Scheffel enthielten, und diese Versicherung würde den Beklagten nach den bei dem Kaufe über Bausch und Bogen geltenden Grundsätzen zur Gewährung der Größe dieses verkauften Gegenstandes allerdings verpflichten;

> Curtius, Handbuch des sächsischen Rechts §. 1377. not. b. Ausg. 2.

allein wenn auch unter dem Ausdrucke „Scheffel", soweit er den Umfang des Areals bezeichnen soll, ein Scheffel Dresdner Maaßes nach Kornaussaat zu verstehen ist,

> Generalverordnung vom 4. Mai 1794, das in Dismembrationsfällen ꝛc. zu beobachtende Verfahren btr. (C. A. C. II. 2. S. 980 und 987.)
>
> Generale vom 14. October 1799, die neue Instruction für die Steuerrevisoren betr. (ibid. S. 1067 flg.)

so gewährt doch diese Bezeichnung allein kein genügendes Anhalten für die Beurtheilung des geometrischen Flächeninhalts eines Grundstücks, da zuvörderst die Ermittelung vorausgehen muß, wie viel Grund und Boden der Landesart nach erfordert werde, um einen Scheffel Winterkorn nach Dresdner Maaß auf eine, nach ökonomischen Grundsätzen für zweckmäßig zu erachtende Weise auszusäen.

> Gedachte Instruction §. 18. S. 1072.
>
> Instruction für die Specialcommissare zu Ablösungen und Gemeinheitstheilungen, vom 21. Januar 1833.

Hieraus folgt aber von selbst, daß bei Angabe der Größe eines Grundstücks nach Scheffeln eine Vergleichung derselben unter sich nur dann möglich ist, wenn zugleich angeführt worden, wie viel Quadratruthen der Scheffel Kornlandfläche nach dem örtlichen Aussaatverhältnisse enthalte.

cfr. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. V. S. 25 und das Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle von 1852. S. 229 flg."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Teichmann gegen Eidner, vom Monat October 1855.) L.

31.

Verschiedene Natur der im Strafprocesse bestellten Geldcautionen.*)

„Eine Geldcaution, welche im Strafprocesse vom Angeschuldigten bestellt wird, kann einen verschiedenen Zweck und hiernach eine verschiedene rechtliche Bedeutung haben. Sie wird erlegt entweder zur Sicherstellung der Kosten, Geldstrafen oder Schadenersatzforderungen, oder zur Sicherstellung dagegen, daß der Angeschuldigte sich nicht dem Strafverfahren entziehe.

Es hat eine Caution der ersten Art die Natur eines Pfandes insbesondere auch insofern, als der nach Deckung der Kosten, Geldstrafen und Schadenersatzforderungen etwa verbleibende Rest dem Caventen zurückgegeben wird.

Die Bestellung einer Caution der anderen Art dagegen enthält die Niederlegung einer Summe Geldes mit der Bestimmung, daß sie unter gewissen Voraussetzungen als Conventionalstrafe dienen und verfallen sein soll. Dergleichen Geldcautionen gehören, wenn sie verfallen, zu den Gerichtsnutzungen.

Carpzov, pract. rer. crim. qu. 112. n. 109 sq.
Stryk, us. mod. l. II. t. IX. §. 4.
Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte, Th. II. §. 37. S. 199.
Mittermaier, das deutsche Strafverfahren §. 70.
Stübel, das Criminal-Verfahren §. 1703.

und kommen hiernach dem Gerichtsherrn zu."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Mosich's Concurs gegen den Stadtrath zu Leipzig, vom Monat October 1855.) L.

32.

Ueber den Anfang des Concurses, wenn keine Insolvenzanzeige vorliegt.

„Nach der richtigen, von

Dabelow, in der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 677.
von Gönner, im Handbuche des deutschen gemeinen Processes No. LXXXII. §. 18. und
Kori, im System des Concursprocesses §. 93.

vertheidigten, vom Oberappellationsgerichte im Sprechen befolgten An-

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856 S. 401 flg.

sicht ist, wenn nicht eine Insolvenzanzeige vorliegt, der Anfang des förmlichen Concurses stets von dem Zeitpunkte an zu rechnen, wo der Gemeinschuldner wegen Ueberschuldung von dem dazu zuständigen Gerichte aus der Disposition über sein Vermögen gesetzt wird."

(Urthel des O.-A.-G. in derselben Sache.) L.

33.

Der dritte Besitzer eines verpfändeten Grundstückes kann sich gegen die actio hypothecaria mit der dreißigjährigen Verjährung schützen, wenn er auch die Besitzzeit des Pfandschuldners und der Erben desselben sich anrechnet.

„Die vorige Instanz ist von der Ansicht ausgegangen, daß gegen die hypothekarische Klage dem dritten Besitzer eines verpfändeten Grundstücks, welcher weder für seine Person, noch auch mit Hinzurechnung der Besitzzeit anderer Extraner in einem dreißigjährigen, von Pfandgläubigern nicht gestörten Besitze des Grundstücks sich befunden hat, blos die vierzigjährige Verjährung zu Statten kommen könne, sobald bei Berechnung der Verjährungsfrist die Besitzzeit des ursprünglichen Pfandschuldners oder der Erben desselben mit in Aufrechnung gebracht werden solle. Allerdings hat das vormalige Appellationsgericht in dem VI. — angegebenen Falle dieselbe Meinung befolgt, allein das Oberappellationsgericht ist ihr, wie die in dem

Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle Jahrg. XII. vom Jahre 1852, Seite 221 flg. und Neue Folge Jahrg. II. vom Jahre 1854, Seite 265 flg. verbunden mit Seite 215 flg.

abgedruckten Entscheidungen darthun, nicht beigetreten, sondern hat angenommen, daß der dritte Besitzer des Pfandes auch selbst dann mit der Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen gegen die actio hypothecaria sich schützen könne, wenn er die Besitzzeit des Pfandschuldners und der Erben desselben mit in Aufrechnung bringt. Die Gründe für diese Ansicht sind in jenen Entscheidungen ausführlich entwickelt worden, und man hat daher gegenwärtig nur noch Folgendes zu bemerken:

1.

Die angezogenen Gesetze (L. 7. pr. §. 1. 2. Cod. de praescr. XXX vel XL annor. 7. 39.) stellen den Grundsatz an die Spitze, daß nach dem bereits bestehenden Rechte die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer in 30 Jahren verjähre und bestimmen dann, daß von nun an auch dem Schuldner selbst und dessen Erben, welche nach dem seitherigen Rechte sich gar nicht mit der Verjährung schützen konnten, eine von der Fälligkeit der Forderung an (ex quo competere coepit sc. hypothecaria persecutio) zu rechnende Verjährung, jedoch nur eine vierzigjährige, dawider zu Statten kommen solle. Es wird also für beide Fälle eine bestimmte Regel festgestellt und man kann daher nicht sagen, daß die vierzigjährige Verjährungs-

frist im Allgemeinen als Regel bestehe, und die dreißigjährige nur eine Ausnahme von dieser Regel bilde, ja es wird sogar ausdrücklich dort hervorgehoben, daß zwischen beiden Verjährungen ein anderer Unterschied als der der Jahre nicht stattfinden solle, und hiermit ist deutlich gesagt, daß der Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung für beide Verjährungen den Anfangspunkt bilden solle. Zwar meint die zweite Instanz, eine solche Auffassung könne dahin führen, daß der ursprüngliche Pfandschuldner den Gläubiger sofort um sein Klagrecht bringe, wenn er mit Ablauf von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen das Grundstück veräußere; allein, wenn man dieß auch zugeben will, so darf man doch nicht vergessen, daß diese Verjährung nur zum Besten der Pfandschuldner eingeführt ist (ne possessores ejusmodi prope immortali timore teneantur); auch würde der Gläubiger den ihn treffenden Nachtheil doch immer sich selbst zuzuschreiben haben, denn er konnte und mußte sich sagen, daß in einem so langen Zeitraume, wie schon der von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen ist, das Grundstück durch Veräußerung in den Besitz eines Dritten gelangen könne; er mußte um die Besitzverhältnisse rücksichtlich des Pfandes sich kümmern; unterließ er dieß und zögerte er mit Maaßregeln, durch welche er rechtzeitig die Verjährung unterbrechen konnte, so trifft ihn selbst die Schuld, wenn der inmittelst eingetretene dritte Besitzer schon durch die kürzere Verjährungsfrist von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen geschützt wird.

Im Uebrigen können nach dem Gesetze vom 6. November 1843 vermöge des Princips der Oeffentlichkeit auch sonst wohl Fälle eintreten, wo in gleicher Weise durch Veränderungen im Besitze eines Grundstückes die Rechte eines Anderen geschmälert und in den Hintergrund gestellt werden.

Man verweist auf §. 22. und 23. des Gesetzes.

2.

Daß §. 2. der L. 7. Cod. de praescr. XXX vel XL annor. von einem ganz anderen als dem hier vorliegenden Falle und Rechtsverhältnisse handelt, nämlich von dem, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger das Pfand besitzt und gegen diesen ein mit einem früheren Pfandrechte versehener Gläubiger den Anspruch auf das Pfand geltend machen will, und daß aus den für diesen speciellen Fall gegebenen Vorschriften nichts gegen die obige allgemeine Regel abgeleitet werden könne, ist bereits bei Gelegenheit der erwähnten früheren Entscheidungen gezeigt worden.

vergl. das angeführte Wochenblatt, Jahrgang XII. Seite 221 flg."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Lippolds Erben gegen Dietel, vom Jahre 1855.) L.

34.

Die Vorschrift der erl. P.=O. ad Tit. XVIII. §. 6. erstreckt sich auch auf Legaleide.

„Ob die Vorschrift der erl. Proceß=Ordn. ad Tit. XVIII. §. 6., daß auf Verlangen des abgetretenen Schuldners der Cedent für den Cessionar schwören soll, blos freiwillige oder ob sie auch nothwendige Eide betrifft, kann nach dem Wortlaute des Gesetzes allerdings in Zweifel gezogen worden. Blickt man jedoch auf Grund desselben zurück,

cfr. Griebners Discurs zu dem citirten Paragraphen,

dann hat man nothwendig anzunehmen, daß es auf nothwendige Eide ebenfalls Anwendung leidet. Diese Ansicht ist denn auch vom Oberappellationsgerichte schon seit einer langen Reihe von Jahren beim Sprechen festgehalten worden."

(Urthel des O.=A.=G. in Ulbricht's Concurse, vom Monat October 1855.) L.

35.

Ein Zeuge ist nicht deßhalb unglaubwürdig, weil er von seinem Producenten nach seiner Wissenschaft gefragt worden. Was sind testes singulares?

„Gegen die persönliche Glaubwürdigkeit der sieben Beweiszeugen ist weiter nichts vorgebracht worden, als daß die Zeugen 1—6. nach ihren Aussagen zu den allgemeinen Fragstücken 1. und 2. von dem Beklagten zur Zeugnißablegung aufgefordert und die Zeugen 1., 2., 3., 4., 5. nach ihren Antworten zu den allgemeinen Fragstücken 3. bis mit 6. von dem Sachwalter Beklagtens nach ihrer Wissenschaft von den einschlagenden Thatsachen befragt worden sind. Hierin liegt an sich nichts, was der Glaubwürdigkeit eines Zeugen entgegenstände. Der in Sachsen geltende Grundsatz, daß im Civilprocesse eine Confrontation der Zeugen nicht stattfindet, und die Regel, daß, mit Ausnahme der nach dem Gesetze vom 16. Mai 1839 zu verhandelnden Streitigkeiten über ganz geringe Civilansprüche, die Abhörung der Zeugen in Abwesenheit der Parteien vom Richter vorzunehmen und die vorläufige Mittheilung der betreffenden Artikel und Fragstücke an die Zeugen zu unterlassen ist, — berechtigen durchaus nicht zu der Folgerung, daß es der beweispflichtigen Partei oder deren Sachwalter nicht gestattet sei, sich vor Antretung ihres Zeugenbeweises durch eine geeignete Befragung der als Zeugen zu benutzenden Personen zu unterrichten, ob denselben über die beweisenden Thatsachen die nöthige Kenntniß beiwohne, oder daß, wenn diese Befragung stattgefunden, den Zeugen aus diesem Grunde kein voller Glaube mehr beigemessen werden dürfe. In den seltensten Fällen würde sich eine Partei und deren Sachwalter

in der Lage befinden, einen Zeugenbeweis mit Aussicht auf Erfolg antreten und beziehungsweise ausarbeiten zu können, wenn ihnen diese vorläufige Befragung nicht verstattet oder die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen dadurch allein und ohne Weiteres in Frage gestellt werden sollte. Auch ist in letzterer Beziehung zu bemerken, daß es den Erfordernissen einer auf richtiger und unbefangener Auffassung der Verhältnisse beruhenden Rechtspflege nicht entsprechen würde, wenn man die Glaubhaftigkeit einer von einer unbescholtenen und am Ausgange des Rechtsstreites unbetheiligten Person eidlich erstatteten Aussage ohne gewichtigere Gründe und schon wegen solcher Umstände, welche bei einem sittlichen und verständigen Menschen eine der Wahrheit und dem geleisteten Eide zuwiderlaufende Aussage nicht erklären lassen, bestreiten wollte. Im gegenwärtigen Falle bieten die Acten und insbesondere die Antworten der Zeugen 1—5. und des Zeugen 6. zu den oben erwähnten allgemeinen Fragstücken nicht den geringsten Anlaß zu der Voraussetzung dar, daß bei den zwischen diesen Zeugen und dem Beklagten und dessen Sachwalter stattgefundenen Unterredungen die Gränze einer einfachen und erlaubten Befragung überschritten, eine Instruction der Zeugen versucht, oder eine Besprechung unter den Zeugen selbst herbeigeführt worden sei, welche den Einfluß gehabt haben könnte, daß die Zeugen in ihrer Wissenschaft von der Sache irre gemacht, und dasjenige, was sie aus eigner Wahrnehmung gewußt, mit den Mittheilungen Anderer von ihnen vermischt worden wäre. Am wenigsten kann die Uebereinstimmung der eidlich erstatteten Depositionen unter einander ein Argument für diese Befürchtung abgeben, denn gerade die Uebereinstimmung unter den einzelnen Zeugenaussagen spricht für deren Wahrheit. Und wenn ein Zeuge schon vor seiner Abhörung von dem Gegenstande derselben und seiner Benennung als Zeuge in an sich zulässiger Weise Kenntniß erlangt hat, so kann dieß voraussetzlich nur die Folge haben, daß er bei seiner gerichtlichen Abhörung mehr vorbereitet zu einer sichern und überlegten Aussage erscheint, als wenn ihm erst bei der Abhörung selbst der Gegenstand dieser letzteren kund gegeben wird. Unerheblich ist das aus dem Gegenstande des Zeugnisses selbst hergeleitete Bedenken. Die Zeugen haben nach ihren persönlichen Verhältnissen hinreichende Gelegenheit gehabt, zu beobachten, ob der streitige Fußsteig von Beklagtem, dessen Vorfahr und ihren beiderseitigen Angehörigen benutzt worden ist, und es läßt sich nicht absehen, warum eine jahrelang regelmäßig stattgefundene Benutzung dieses Fußsteigs sich nicht dem Gedächtnisse der Zeugen so eingeprägt haben könnte, daß sie darüber noch jetzt in zuverlässiger Weise Auskunft zu ertheilen vermögen.

Die Aussagen der Zeugen 1—6. in Bezug auf die Ausübung des behaupteten Befugnisses sind bereits in den Entscheidungsgründen der beiden vorigen Instanzen zusammengestellt worden und dem Beweis allenthalben beifällig. Es kann dabei von der Frage ganz abgesehen werden, ob der Beweis eines solchen, wie des hier im Streite

begriffenen Befugnisses als vollständig geführt zu betrachten sei, wenn nur drei auf den Anfang, die Mitte und das Ende der Verjährungszeit fallende Besitzhandlungen voll bewiesen worden. Denn die Beweiszeugen 1. bis mit 6. haben zu Art. — — und deren Fragstücken auf Grund ihrer eignen Wahrnehmung und auf die Dauer des Zeitraums, auf welchen sie ihre Angaben erstattet, bestätigt, daß Beklagter, dessen Vater und deren Angehörige alljährlich und manchen Tag sogar mehrmals über Klägers Wiese auf dem daselbst seit langer Zeit vorhandenen Steige gegangen seien. Als testes singulares im gewöhnlichen Sinne können diese Zeugen nicht betrachtet werden. Denn zunächst ist nicht ausgeschlossen, daß die Zeugen, welche von denselben Jahren deponiren, auch die nämlichen Facta beachtet haben; aber auch ganz abgesehen hiervon, ist in solchen Fällen, wo nicht vereinzelte, der Zeit nach weit von einander entfernt liegende Besitzacte, sondern eine ununterbrochene Reihe einzelner, regelmäßig und sogar täglich vorkommender Handlungen, welche in ihrer Totalität zu der Ueberzeugung eines während der ganzen Verjährungszeit stattgefundenen Bestehens eines gewissen factischen Zustandes führen, bezeugt werden, der Begriff der Singularität der einen solchen Zustand bestätigenden Zeugendepositionen nicht füglich anwendbar. Es ist vielmehr der auf diese Weise bezeugte Zustand als ein Ganzes aufzufassen, dessen Beweis wie in andern Fällen eines andauernden, thatsächlichen Zustandes durch die Aussagen zweier classischer Zeugen vollständig erbracht werden kann. Nach diesen Grundsätzen hat auch das Königliche Oberappellationsgericht bereits in vielen Fällen erkannt.

Die Aussagen der gedachten sechs Zeugen umfassen aber nach ihren bereits hervorgehobenen Zeitangaben zusammen genommen einen weit längeren, als den hier in Betracht kommenden Verjährungszeitraum und zwar dergestalt, daß für jedes einzelne Jahr mindestens zwei, von dem Jahre 1808 an aber drei und bezüglich mehr Aussagen vorliegen. Der Beweis des behaupteten Befugnisses ist dadurch vollständig geführt. Auch ist die Ansicht des Klägers, daß es noch an dem Beweise des speciellen Umstandes fehle, daß die Ausübung desselben für das Grundstück des Beklagten erfolgt und diesem also ein Realrecht erworben worden sei, bereits ausreichend widerlegt worden. Der Kläger hat hiergegen etwas vorzubringen nicht vermocht, es mag also nur nochmals darauf verwiesen werden, daß, wenn die Besitzer eines Grundstücks durch rechtsverwährte Zeit über das Grundstück eines andern gegangen sind und auf diese Weise zwischen ihrem Grundstücke und anderen Orten eine Verbindung hergestellt haben, vorausgesetzt werden muß, daß sie dieß als Besitzer dieses Grundstücks und mit Rücksicht auf dessen bessere oder bequemere Benutzung und Bewirthschaftung gethan haben."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Wunderlich gegen Petzold, vom Jahre 1855.) L.

36.

In welchen Fällen entscheidet in Concursen die Mehrzahl der Gläubiger.

„In Sachsen giebt es überhaupt nur zwei Fälle, in welchen die Minderzahl der Gläubiger eines insolventen Schuldners an die Beschlüsse der Mehrzahl gebunden wird. Einmal nämlich äußert das pactum plurium seine Wirkung bei dem gerichtlichen Nachlaßvertrage; (vergl. §. 17. und 22. des Banqueroutiermandats vom 20. Decbr. 1766) von einem solchen ist hier nicht die Rede; der andere Fall ist der, wenn es um Erklärungen über die Concursmasse und über die deshalb zu treffenden Dispositionen, oder, wie das angeführte Banqueroutiermandat in der Schlußbestimmung der §. 22. sich ausdrückt, um Erklärungen „in Ansehung der Sequestration, Verpachtung, anzustellender Klagen, Einbringung des Schuldners Activorum und anderer die Masse betreffenden Umstände" sich handelt. Es wird also in Fällen der letzteren Art, wenn die Minderzahl zur Einwilligung soll gezwungen werden können, wenn sie pro consentiente geachtet werden soll, ein allen Interessenten gemeinschaftlicher Gegenstand vorausgesetzt, ein Gegenstand, über welchen nur die Gesammtheit der Interessenten, deren Gesammtwille blos durch Stimmenmehrheit erkennbar werden kann, zu disponiren hat. Hieraus folgt, daß die Mehrzahl der Gläubiger entscheidet, wenn die Masse und deren Bildung, Behandlung, und Verwaltung in Frage steht, daß sie aber über Forderungen der einzelnen Gläubiger, welche kein gemeinschaftliches Vermögen der Creditorschaft sind, mit rechtlicher Wirkung nicht entscheiden kann, und daß die einzelnen Gläubiger nur gezwungen werden können, die Vertheilung der Masse nach gewissen, den Gesetzen entsprechenden Grundsätzen zu genehmigen.

vergl. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1. Jahrgang 1841. Seite 175, 177 und 179.

Mit Recht ist daher im vorliegenden Falle die 2te Instanz davon ausgegangen, daß die Mehrzahl der D.... schen Creditoren durchaus nicht befugt gewesen sei, unter sich solche Bestimmungen zu vereinbaren, durch welche der Ehefrau des Schuldners ihre Befriedigung wegen der nachträglich angemeldeten Illatenforderung ganz oder theilweise entzogen werden würde, und daß der D.... in keiner Weise angesonnen werden könne, den von dieser Mehrzahl abgeschlossenen Vergleich zu genehmigen, insoweit dabei zu ihrem, der D...., Nachtheile eine solche Vertheilung der Masse beschlossen worden sei, welche mit den bestehenden rechtlichen Grundsätzen nicht allenthalben im Einklange stehe. Insoweit bedarf die D.... daher auch wegen ihres Außenbleibens in dem auf den 14. Februar 1854 anberaumt gewesenen Verhörstermine und um gegen die Nachtheile der unter den Erschienenen getroffenen Vereinbarung geschützt zu werden, der gesuchten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gar nicht, und es erledigt sich

dadurch die Nothwendigkeit einer näheren Erörterung der angeregten Frage, ob den Ehefrauen in Bezug auf ihr Einbringen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch für solche Fälle, wo es sich nicht um eigentliche Proceßfatalien handelt, ertheilt werden könne, von selbst."

(Urthel des O.-A.-G. im Dölitzschen Schuldenwesen, vom Monat October 1855.) L.

37.

In wieweit ist die Grund- und Hypothekenbehörde berechtigt, in dem Falle, wenn bei Veräußerungen von Grundstücken die angenommene Werthsumme hinter dem wahren Werthe zurückbleibt, Sporteln und Stempel nach einem höhern Betrage zu erheben?

Die unter Nr. 4. und 5. der Taxordnung der Gerichtsgebühren in Grund- und Hypothekensachen bestimmten Gebühren für Eintragung des neuen Besitzers und seines Besitztitels in das Grund- und Hypothekenbuch bei Kauf- oder Tauschcontracten richten sich nach der Höhe der Kauf- oder Tauschsumme, sowie auch nach der Stempeltaxe von 1819 s. v. „Contracte" und §. 90. der Ausführungsverordnung zum Hypothekengesetze vom 15. Februar 1844 die in solchen Fällen zu entrichtende Stempelabgabe nach dem nämlichen Maasstabe zu berechnen ist. Deshalb liegt es im Interesse der Gerichtssporteleassen sowie das Stempelfiscus, daß in dergleichen Veräußerungsfällen das Entgelt dem wahren Werthe des Grundstücks möglichst entsprechend festgesetzt werde. Es entsteht daher die Frage, ob die Grund- und Hypothekenbehörde berechtigt sei, in dem Falle, wenn die angenommene Werthsumme hinter dem wahren Werthe des Grundstücks zurückbleibt, Sporteln und Stempel nach einem höheren Betrage zu erheben? Nach der hierüber in einer Verordnung an das Appellationsgericht zu Zwickau vom 10. Januar 1856 ausgesprochenen Ansicht des K. Justizministeriums ist zu unterscheiden, ob die niedrige Veräußerungssumme eine wirkliche oder nur simulirte ist. Wird ein Grundstück in Wirklichkeit um den bestimmten Preis veräußert, so giebt das Sportel- und Stempelinteresse der Behörde nicht ein Recht, zu verlangen; daß dieser Preis dem wahren Werthe des Grundstücks gleich komme, und es ist daher, wenn z. B. der Vater sein Grundstück dem Sohne um einen Preis weit unter dem Werthe verkauft, so daß dem Sohne das Grundstück mehr geschenkt, als verkauft wird, die Behörde nicht berechtigt, nach dem wahren Werthe des Grundstücks zu forschen, um der Berechnung der wegen des Kaufs zu erhebenden Gerichtsgebühren statt des wirklichen Kaufpreises eine andere höhere Werthssumme zum Grunde zu legen. Denn in einem solchen Falle ist bei dem angezeigten niedrigen Kaufpreise keine Simulation im Spiele. Wird dagegen bei Uebereignung eines Grundstücks, wie dies namentlich bei gegenseitiger Uebereignung von Grundstücken unter Erben vorgekommen ist, geflissentlich als Entgelt eine niedri-

gere Summe angegeben, als welche zwischen den Contrahenten bedungen worden ist, oder den wahren Werth des Grundstücks ausmacht, um die wegen der Uebereignung zu entrichtenden Kosten unter den gesetzlichen Betrag herabzuziehen, so ist der Richter berechtigt, sich für Liquidirung der Kosten einen angemessenern Maasstab zu suchen und zu diesem Behufe die Sache so zu behandeln, als ob ein gewisser, in Geld ausgedrückter Werth des Grundstücks gar nicht angegeben worden wäre. Nach den in Verhältnissen solcher Art in Anwendung zu bringenden, auch im Tarif zum Stempelmandate vom 11. Januar 1819 s. v. „Erbschaften" anerkannten Grundsätzen ist es zunächst der letzte bekannte Kaufpreis, welcher als Maasstab zu dienen hat. Wenn aber ein solcher Kaufpreis nicht bekannt ist, z. B., weil die Gerichtsbücher, aus welchem die früheren Kaufpreise des Grundstücks ersehen werden könnten, verbrannt sind, so muß der Weg der Würderung der Behörde zu Auffindung der anzunehmenden Veräußerungssumme zu Gebote stehen. Da jedoch seit Einführung des neuen Grundsteuersystems die Abschätzung der Grundstücke zur Grundsteuer ein Mittel darbietet, den Werth derselben zu beurtheilen, ohne daß es der Weitläufigkeiten und Kosten einer besonderen Taxation zu dem bemerkten Behufe bedarf, so erscheint es noch zweckmäßiger, den Steuerschätzungswerth des Grundstücks bei Berechnung der Gerichtsgebühren und der Stempelabgabe zum Grunde zu legen.

J. M. S. L.

38.

Ueber Gebühren-Erhebung und Stempel-Verwendung bei Löschung der Hypotheken nach erfolgter Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstücks.

Die unter Nr. 27. der Taxordnung der Gerichtsgebühren in Grund- und Hypothekensachen geordnete Gebühr für Löschung einer hypothekarischen Forderung ist, wie das K. Justizministerium wiederholt und namentlich in einer unter dem 16. November 1853 an sämmtliche Appellationsgerichte erlassenen Verordnung entschieden hat, auch für den, in §. 19. sub c. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 in Verbindung mit §. 31 der Ausführungsverordnung zu diesem Gesetze vom 15. Februar 1844 vorgeschriebenen Eintrag der Löschung von Hypotheken nach erfolgter Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstücks zu liquidiren und aus den Erstehungsgeldern des zwangsweise versteigerten Grundstücks zu berichtigen.

Zweifel an der Zulässigkeit dieses Kostenansatzes hat hauptsächlich erregt die Fassung des angezogenen §. 19. sub c. Wenn nämlich daselbst bestimmt wird, daß die Grund- und Hypothekenbehörden bei vorgenommener Zwangsversteigerungen die Löschung der durch die Zwangsversteigerung erlöschenden Hypotheken „Amtshalber" bewirken haben, so kann dieß mit Rücksicht auf die verschiedene Bedeutung des

Wortes „Amtshalber" theils soviel bedeuten, daß die Löschung ohne Antrag eines Betheiligten, theils, (in dem Sinne von: Officialarbeit) daß sie kosten- und gebührenfrei erfolgen solle. In dieser letzteren Bedeutung ist jedoch das Wort: „Amtshalber" an dem angeführten Orte nach der Meinung des Justizministeriums nicht aufzufassen. Denn die Verbindung mit §. 18., wornach die in §. 19. unter a., b. und c. enthaltenen Sätze sich als Ausnahmebestimmungen von der in §. 18. aufgestellten Regel ankündigen, zeige deutlich, daß das Wort „Amtshalber" in dem Satze unter c. nichts Anderes bedeute, als den Gegensatz derjenigen Amtsthätigkeit des Richters, welche nur auf Antrag eintritt, mithin diesem Worte kein anderer Sinn unterzulegen sei, als derjenige, in welchem der Ausdruck „Amtshalber" oder „von Amtswegen" auch in anderen Gesetzen z. B. in Art. 175. des Criminalgesetzbuchs gebraucht seien. Wäre die Meinung gewesen, vorzuschreiben, daß die Grund- unn Hypothekenbehörden in den Fällen, wo sie nach §. 19. des Gesetzes vom 6. November 1843 ausnahmsweise ohne Antrag eines Betheiligten und ohne ausdrückliche Requisition einer öffentlichen Behörde zu handeln haben, kostenfrei expediren zu lassen, so hätte solches mit ausdrücklichen, deutlichen Worten geboten werden müssen, je mehr eine Bestimmung dieser Art etwas ganz Neues und von dem Bestehenden Abweichendes enthalten würde; auch würde damit die Aufstellung eines Gebührersatzes für Eintragung einer übernommenen Ablösungsrente in das Grund- und Hypothekenbuch (Nr. 16. der Hypotheken-Taxordnung) offenbar in Widerspruch gestanden haben.

Obwohl übrigens die Löschung der Hypotheken nach erfolgter Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstücks, auch wenn der zu löschenden Forderungen mehrere sind, nur mittels eines einzigen (Collectiv-) Eintrags zu geschehen pflegt, so darf gleichwohl die desfalls zulässige Löschungsgebühr, nach Inhalt einer anderweiten Verordnung des K. Justizministeriums an das Appellationsgericht zu Budissin vom 17. December 1855 nicht blos einmal, sondern so vielmal erhoben werden, als Forderungen zur Löschung gebracht worden sind. Denn mit jener Gebühr werde nicht der Eintrag bezahlt, sondern die Löschung, und Löschungen erfolgten in dem angegebenen Falle eben so viele, als einzelne Forderungen vorhanden seien, während es für den Eintrag insbesondere, er möge einfach oder mehrfach sein, eine besondere Gebühr überhaupt nicht gebe, vielmehr derselbe für die Löschungsgebühr mit zu bewirken sei.

Dagegen soll nach weiterem Inhalte der zuerst angezogenen Verordnung wegen der nach nothwendiger Versteigerung eines Grundstücks in Gemäßheit §. 19. c. des Gesetzes vom 6. November 1843 zu bewirkenden Löschung der Hypotheken der für Cassationen vorgeschriebene Stempel nicht verwendet werden. Dahin hat sich das K. Finanzministerium ausgesprochen, und das K. Justizministerium ist dieser Ansicht aus dem doppelten Grunde beigetreten, weil

a) bei Erhebung des Cassationsstempels wegen jener blos formellen, obgleich durch die Grund- und Hypothekenbucheinrichtung gebotenen Löschungen der nämliche Gegenstand mit der nämlichen Stempelabgabe doppelt, nämlich zum zweiten Male bei der nach erfolgter Zahlung der gestundeten Erstehungsgelder stattfindenden Löschung der dieser Erstehungsgelder halber vorbehaltenen Hypothek belegt werden würde, und

b) weil nach der Praxis vor dem Gesetze vom 6. November 1843 eine förmliche Hypothekencassation mit Erhebung des Cassationsstempels bei nothwendigen Subhastationen nicht gewöhnlich gewesen, bei Erlassung des Gesetzes vom 6. Novembor 1843 aber eine Steigerung der Stempelabgabe gegen früher herbeizuführen keineswegs beabsichtigt worden sei.

Ein Cassationsstempel ist, wie das K. Justizministerium noch überdieß in der oberwähnten neuesten Verordnung an das Appellationsgericht zu Budissin bestimmt hat, selbst dann nicht zu verwenden, wenn nach erfolgter Zwangsversteigerung eines Grundstücks, entweder weil die ganze Erstehungssumme sofort erlegt wird, oder weil der Ersteher als Inhaber sämmtlicher, auf dem versteigerten Grundstücke eingetragener Forderungen mit stillschweigender Genehmigung des Gerichts die Erstehungsgelder auf seine mehr betragenden Forderungen compensirt, eine Hypothek wegen rückständiger Erstehungsgelder überhaupt nicht eingetragen wird und daher auch künftig nicht zur Löschung kommt. Denn obschon in diesem Falle die zweimalige Vernehmung des nämlichen Gegenstandes mit der nämlichen Stempelabgabe nicht zu besorgen sei, so bestehe doch der andere, oben unter b. angeführte Grund in voller Wirksamkeit.

J. M. S. L.

39.

Ueber Behandlung der in der allgemeinen Vormundschaftsordnung Cap. XXII. §. 2. bezeichneten Nachlaßsachen.

Die Anfrage eines Untergerichts:

1.

ob das Vormundschaftsgericht in den in der allgemeinen Vormundschaftsordnung Cap. XXII. §. 2. bezeichneten Fällen die Erbtheile der mit ihrem Vater als Miterben concurrirenden Unmündigen auszuwerfen, oder sich auf Einforderung einer von dem Vater zu fertigenden Specification zu beschränken habe?

und ob es ferner,

2.

wenn in einem derartigen Falle zu der, unmündigen Kindern und ihrem Vater gemeinschaftlich angefallenen Verlassenschaft mit Hypo-

thek versehene Außenstände gehören und diese zurückgezahlt werden, zu der von dem Vater zu bewirkenden Quittung und Hypotheken-Ausgabe, — insoweit derselbe hierbei in väterlicher Gewalt und aufhabender Verwaltung des Vermögens seiner Kinder handelt, — eines obervormundschaftlichen Decrets bedürfe?

hat dem K. Justizministerium Veranlassung gegeben, sich hierüber unter dem **11.** Januar **1856** folgender Maßen auszusprechen:

„Zu **1.**

beantwortet sich diese Frage durch die erwähnte Vorschrift der allgemeinen Vormundschaftsordnung von selbst, und würde es nicht gebilligt werden können, wenn das Gericht N. N. in dem §. 2. Cap. XXII. der allgemeinen Vormundschaftsordnung bezeichneten Fällen wirklich bei der in §. 1. desselben Capitels vorgeschriebenen Einforderung einer Specification stehen bliebe.

Zu 2.

bedarf es nach der Ansicht des Justizministeriums einer förmlichen Theilung der mütterlichen Verlassenschaft oder des sonstigen, den Unmündigen und ihrem Vater zugleich anfallenden Vermögens in der Maße, daß die Erbtheile der Unmündigen abgesondert und die Nachlaßobjecte, welche dieselben bilden sollen, speciell bestimmt werden, nicht. Vielmehr erachtet es das Justizministerium zu „Ausmachung" und „Berichtigung" des Muttertheils ꝛc. im Sinne der allgemeinen Vormundschaftsordnung für ausreichend, wenn der Betrag des dem Kindern angefallenen, von dem Vater zu verwaltenden und ersteren seiner Zeit herauszugebenden Vermögens ermittelt und nach Gelde zur Ziffer gebracht wird. Begnügt sich das Vormundschaftsgericht hiermit, dann dürfte die Berechtigung des Vaters zu unbeschränkter Disposition über sämmtliche Nachlaßobjecte in der Natur der Sache liegen. Aber auch dann, wenn das Vormundschaftsgericht eine förmliche Vertheilung des Nachlasses und Absonderung der Erbtheile der Unmündigen vornimmt, und hierbei einem Unmündigen ein hypothekarisch versichertes Nachlaß-Activum auf seinen Erbtheil angewiesen wird, bedarf es, wenn ersteres zur Auszahlung gelangt, zu der von dem Vater in väterlicher Gewalt und aufhabender Verwaltung des Vermögens seiner Kinder zu bewirkenden Quittung und Hypotheken-Aufgabe eines obervormundschaftlichen Decrets nach der Ansicht des Justizministeriums, für welche insonderheit auch die Bestimmungen in §. 4. Cap. XXII. der allgemeinen Vormundschaftsordnung sprechen, nicht." J. M. S. L.

40.

Durch die Anzeige der Firma bei der Verwaltungsbehörde werden die Handelsgesellschafter dem Publicum gegenüber solidarisch verpflichtet.

„Beklagter hat eingeräumt, daß in der Zeit vom **1.** August **1850**, bis **15.** August **1851**, er und A. W. G..., als die gemeinschaft-

lichen Inhaber der Handlung „A. W. G...“ zu Chemnitz in das Firmenprotokoll des dasigen Stadtraths eingetragen gewesen seien, worin zugleich das Zugeständniß liegt, daß diese Handlung die obengedachte Firma geführt habe. Wie schon von den beiden vorigen Instanzen richtig bemerkt worden ist, muß von der Voraussetzung ausgegangen werden, daß der Stadtrath zu Chemnitz als die competente Verwaltungsbehörde bei diesem Eintrage den Bestimmungen der Firmenordnung vom 28. Juli 1846 gemäß verfahren, daß also dem Eintrage die in §. 4. gedachte Anzeige über den Eintritt eines neuen Theilhabers in das bereits bestehende Handelsgeschäft vorausgegangen und sodann die in §. 5. und 6. angeordnete öffentliche Bekanntmachung durch die Börsenvorsteher zu Leipzig vermittelt worden sei. Hieraus folgt aber ohne allen Zweifel, daß Beklagter in Ansehung aller derjenigen Geschäfte, welche dritte Personen während des oben angegebenen Zeitraumes mit der Handlung A. W. G... abgeschlossen haben, als deren Mitinhaber betrachtet werden muß, und daß er deshalb nach dem in Sachsen bestehenden Gerichtsbrauche und der von dem Königl. Oberappellationsgerichte in vielen Fällen ausgesprochenen Rechtsansicht, als Associé eines unter offener Firma bestehenden Handelsgeschäftes für die, aus jenen Geschäftsverbindungen für die Handlung entstandenen Verpflichtungen, den Gläubigern dieser letzteren gegenüber zu ungetheilter Hand verhaftet ist. Ganz unerheblich ist der Einwand, daß die Firmenordnung kein Landesgesetz sei. Zwar ist dieselbe nur eine gewerbspolizeiliche Verordnung, allein sie ist von der zuständigen Regierungsbehörde innerhalb ihres verfassungsmäßigen Wirkungskreises erlassen und im Gesetz- und Verordnungsblatte veröffentlicht worden, sie hat offenbar den Zweck, daß durch die Constatirung der im Lande bestehenden Firmen und ihrer zum Firmiren berechtigten Inhaber, so wie durch die Möglichkeit, hierüber sofort einen vollständigen Nachweis aus den Acten der competenten Obrigkeiten zu erlangen, die Sicherheit des Handelsverkehrs, namentlich also derjenigen, welche mit einer Handlung in Geschäftsverbindung treten wollen, herbeigeführt werden soll, und die dem Handelsstande angehörenden Personen können sich mit der Unkenntniß der in der Firmenordnung enthaltenen Vorschriften und deren Zweckes am allerwenigsten dann behelfen wollen, wenn sie, wie vorliegenden Falles der Beklagte, diesen Vorschriften gemäß in ihren Angelegenheiten bereits gehandelt haben. In der Anzeige bei der Obrigkeit, daß man als Theilhaber eines bereits bestehenden Geschäftes eintrete, muß unter solchen Umständen die Erklärung des Anzeigenden gefunden werden, daß er dem Publicum und namentlich dem commerziellen Theile desselben gegenüber als Inhaber der Handlung auftreten und angesehen sein wolle, und diese thatsächliche Erklärung genügt schon allein, um seine Verpflichtung als wirklicher Theilhaber Dritten gegenüber zu begründen. Auf das Verhältniß, in welchem die nach außen hin als Handelsgenossen aufgetretenen Personen zufolge einer beson-

deren, mit jener Anzeige in Widerspruch stehenden Verabredung unter sich selbst stehen, kommt hierbei nichts an, so lange nicht behauptet und nachgewiesen werden kann, daß dieselben ihren Mitcontrahenten bei dem Abschlusse des bezüglichen Vertrages von diesem Verhältnisse und davon, wer als alleiniger Inhaber der Firma auftreten und contrahiren wolle, speciell in Kenntniß gesetzt haben. Es würde auch, wie schon bemerkt worden, wenigstens unter gewissen Umständen, in der wahrheitswidrigen Anzeige bei der Obrigkeit ein civilrechtlicher dolus gefunden werden können, mit welchem sich selbstverständlich niemand gegen die Ansprüche schützen kann, welche dritte Personen im guten Glauben an ihn erworben haben. Eben so wenig konnte auf den verlangten Eid erkannt werden. Denn der Beklagte hatte in den Anmerkungen zu pct. lit. cont. — — nicht bestritten, daß die in der Klagbeifuge sub A. und beziehungsweise Bl. — verzeichneten Waaren auf Bestellung für die Handlung A. W. G... geliefert worden seien, er bestreitet nur, daß er zu irgend einer Zeit in diesem Handelsgeschäfte eine andere Stellung als die eines salarirten Commis bekleidet habe und hierauf kam theils aus den bereits angegebenen Gründen, theils deshalb im vorliegenden Falle etwas nicht an, weil die Geschäfte, welche der eine Handelsgenosse für das Geschäft und dessen Betrieb abgeschlossen hat, die übrigen Handelsgenossen auch dann vollständig und zwar solidarisch verpflichten, wenn sie bei deren Abschlusse nicht persönlich concurrirt haben."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Maibaum gegen Körnig, vom Monat November 1855.) L.

41.

Das s. g. impluvium begründet blos eine factische Vermuthung des Eigenthums.

„Mögen auch die Grundsätze über die Ausdehnung und den Umfang des Traufrechtes nicht ganz unbestritten sein, z. B. in der Beziehung: ob der freie Traufraum nach 1½ Elle oder nach einem geringeren oder größeren Abstande zu berechnen sei? ob ferner dieser Traufraum nur an der nach der Straße zu befindlichen Vorderseite des Gebäudes, oder auch an Nebengebäuden und an den hintern Seiten, wenn sie an einen öffentlichen Platz oder an andere fremde Plätze, z. B. einen Hof, ein Acker- und Gartenland, anstoßen, anzunehmen sei? wie über den vermöge des Traufrechtes zum Gebäude gehörigen Raum disponirt werden könne? so beruhen sie doch im Allgemeinen auf der einfachen Voraussetzung, daß das Gebäude in der Regel nicht auf der Gränze selbst, sondern von solcher so weit, als es der Traufraum mit sich bringt, entfernt stehe. Es bleibt mithin immer quaestio facti, ob der Eigenthümer wirklich bis an die Gränze gebaut habe? und es kann dashalb dem Besitzer des Nachbargrundstücks, namentlich in dem Falle, wo der Traufraum mit dem ihm gehörigen Privatgundstücke

unmittelbar zusammenhängt, der Beweis des Gegentheils, nämlich seines Eigenthums an dem Traufraume, nicht abgeschnitten werden.

cfr. Weiske, skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrechtlicher Gegenstände Nr. IV.

Hommel, rhaps. observ. 301.

Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts §. 612 b. Not. 5.

Und weil es sich sonach nur um Beseitigung einer blos factischen Vermuthung handeln kann, lag es auch dem Kläger nicht ob, zu diesem Behufe der Klage eine besondere Replik zu inseriren. Natürlich wird hierdurch der Beklagten das Recht nicht abgeschnitten, auf obige, ihr möglicherweise zur Seite stehende Umstände im Gegenbeweise zurückzukommen, so wie auch der Definitiventscheidung vorbehalten bleiben muß, das Gewicht dieser Momente und in wie weit sie einen vom Kläger unternommenen Beweis zu schwächen geeignet sind, in Erwägung zu ziehen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Hildebrand gegen Petzoldin, vom Monat November 1855.) L.

42.

Die im Executivprocesse in Folge eines geleisteten Diffessionseides erfolgte Entbindung von der erhobenen Klage steht der Ausführung des Anspruches im ordentlichen Processe nicht entgegen.

„Die frühere Executivklage gründete sich auf dieselben Käufe, welche die Klägerin ihrer jetzigen ordentlichen Klage unter A. und B. beifügte. Die Beklagten hatten dieselben diffitirt und waren dem zu Folge „von der erhobenen Klage entbunden worden." Sie meinen, daß sie hiernach nicht blos von der Executivklage, sondern von dem Anspruche selbst losgesprochen worden seien, und dem gemäß das gegenwärtige Suchen der Klägerin als schlechterdings unstatthaft verworfen werden müsse. Diese Ansicht jedoch ist nicht richtig.

Im Executivprocesse wird über das darin streitige Rechtsverhältniß nur insoweit entschieden, als die beigebrachten Urkunden zum Beweise der Parteienrechte ausreichen. Wird daher das Suchen des Klägers wegen Mangelhaftigkeit der zur Begründung desselben gebrauchten Urkunden abgewiesen, so verhindert dies ihn nicht, seinen Anspruch im ordentlichen Processe geltend zu machen. Eben so ist es unbenommen, Einreden, welche wegen Illiquidität im Executivprocesse nicht beachtet werden konnten, im ordentlichen Processe auszuführen. Ein gleiches Recht steht dem Kläger rücksichtlich illiquider Repliken zu, wenn eine liquide zerstörliche Einrede die Entbindung des Beklagten von der Klage im Executivprocesse zur Folge hatte. Diffitirt der Beklagte das der Executivklage zur Unterlage dienende Document, so wird damit nur soviel in rechtliche Gewißheit gesetzt, daß es für den Executivproceß untauglich ist, daher dieser nicht stattfinden kann.

Auch in diesem Falle jedoch enthält die Entbindung von der Executivklage nicht zugleich die Entbindung von dem Anspruche, vielmehr bleibt derselbe insoweit offen, als er auf einem anderen Grunde als dem der Ausstellung des Documentes beruht.

Mevii, dec. P. III. 172.
Hommel, obs. 397.
Biener, syst. proc. §. 246. not. 7.
Kori, Executivproceß §. 28.

Der Bescheid Bl. — der Beilagsacten bediente sich für die Freisprechung der Beklagten einer Formel, wie sie zu Folge Hommels deutschem Flavius s. v. Executivproceß unter VI. auch in dem Falle gebräuchlich war, wenn Beklagter von der Executivklage um deswillen entbunden wurde, weil er das derselben zu Grunde liegende Document abgeschworen hatte. Um so weniger also läßt sich annehmen, daß der nurgedachte Bescheid im geraden Widerspruche mit den Grundsätzen des Executivprocesses nicht blos von der Executivklage, sondern vom Anspruche selbst habe entbinden wollen.

Die Verordnung vom 9. Februar 1833 missbilligt es zwar, wenn in Erkenntnissen, in welchen eine Klage als in der angebrachten Maße unstatthaft verworfen werden soll, die Formel gebraucht wird: „Klägers Bl. — befindliches (angebrachtes) Suchen hat nicht Statt" und befiehlt, in Erkenntnissen, durch welche ein Gesuch als in der angebrachten Maße unstatthaft verworfen werden soll, dies bestimmter als durch jene Formel geschehe, auszudrücken. Allein daraus folgt nicht, wie Beklagte annehmen wollen, daß die Entbindung von der Klage allemal als Entbindung von dem Anspruche zu betrachten sei. Denn weder sagt dies die Verordnung, noch konnte sie überhaupt dies sagen wollen, da eine Entscheidnng niemals über das in einem Processe streitig gewesene Rechtsverhältniß hinausgeht. Es kann daher derselbe Anspruch, ungeachtet der Entbindung des Beklagten von der Klage, doch von Neuem erhoben werden, wenn er nur aus einem anderen thatsächlichen Grunde abgeleitet wird. Dies geschieht namentlich auch alsdann, wenn Jemand, welcher seinen Anspruch Anfangs nur auf ein Document gegründet hatte, später nachdem es diffitirt und dem zu Folge der Beklagte von der Klage entbunden worden, im ordentlichen Processe aus dem Rechtsgeschäfte selbst klagt. An dem proceßrechtlichen Grundsatze, daß die Entbindung von einer Klage der Erhebung einer neuen, anders begründeten Klage nicht entgegenstehe, hat jene Verordnung etwas nicht geändert. Offenbar unrichtig ist daher die Annahme der Beklagten, daß die vorliegende Klage um deswillen als schlechterdings unstatthaft zu verwerfen sei, weil sie im Executivprocesse von der Klage entbunden worden und nicht blos eine Abweisung der Klage in der angebrachten Maße stattgefunden habe."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Alscher gegen Küchenmeisters Erben, vom Monat November 1855.) L.

43.

Wenn über den Betrag einer Forderung Wechsel gegeben worden sind, so ist die früher bestandene Schuldverbindlichkeit im Zweifel für aufgehoben zu achten.

„Das Königl. Oberappellationsgericht befolgt
vergl. unter andern die in dem Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle v. J. 1853 S. 470.
und in
der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 12. S. 475. und Bd. 13. S. 336. abgedruckten Entscheidungsgründe,

die rechtliche Ansicht, daß wenn, zumal unter Kaufleuten, über den Betrag einer durch Vertrag begründeten Forderung Wechsel und namentlich trassirte Wechsel gegeben, oder ein von dem Gläubiger selbst auf den Schuldner gezogener Wechsel von diesem acceptirt worden ist, die früher bestandene Schuldverpflichtung im Zweifelsfalle für aufgehoben zu betrachten sei. Der Einwand der Kläger, daß eine eigentliche (sogenannte privative Novation) nicht vorausgesetzt werden könne, vielmehr der Wille der Parteien, das bisherige Schuldverhältniß aufzulösen und an die Stelle desselben eine neue Verpflichtung oder einen andern Verpflichtungsgrund eintreten zu lassen, besonders erwiesen werden müsse, steht der Richtigkeit obiger Ansicht nicht entgegen. Denn eines Theils liegt es schon in der Natur des Literalvertrages, daß bei dessen Abschlusse zum Behufe der Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit die Absicht der Contrahenten voraussetzlich nur dahin gegangen sein könne, daß dadurch diese frühere Verpflichtung beseitigt werden solle; andern Theils und hauptsächlich kommt hierbei in Erwägung, daß im Handel und Geschäftsleben der Wechsel eben so gut, wie andere öffentlich anerkannte Creditpapiere, als Zahlungsmittel gilt und zu diesem Behufe angewendet, ebendeshalb aber auch der Empfänger eines Wechsels in den Stand gesetzt wird, denselben auch seinerseits durch Weiterbegebung als Zahlungsmittel zu gebrauchen. Bei dem Zwecke und der Eigenschaft des Wechsels, als eines allgemein anerkannten Zahlungsmittels, enthält die Wechselbegebung wegen einer bereits bestehenden Forderung nicht sowohl eine Novation im eigentlichen Sinne, als vielmehr eine Modalität der Zahlung, wodurch, auch ohne daß es in dieser Hinsicht noch einer besonderen Vereinigung bedürfte, die ursprüngliche Verpflichtung erfüllt werden soll. Die weitere Bemerkung, daß niemand gezwungen werden kann, aus einem über den Betrag und die Richtigkeit seiner Forderung ausgestellten Schuld- oder Empfangsbekenntnisse zu klagen, wenn er seinen Anspruch auf andere Weise geltend machen könne und wolle, ist deshalb ganz unerheblich, weil es sich bei

der vorliegenden Streitfrage nicht um ein gewöhnliches Schuldbekenntniß, welches nur zum Beweise der Forderung ausgestellt worden ist, sondern um eine solche Wechselbegebung handelt, welche, wie schon erwähnt worden ist, nach allgemein bestehendem Geschäfts- und Handelsbrauche, als Zahlungsmittel betrachtet und angewendet wird.

Nun ist es zwar richtig, das die als Regel zu betrachtende Wirkung dieser Wechselbegebung wegfallen kann, wenn die Contrahenten selbst darüber einig geworden sind, daß sie diesen Effect im gegebenen Falle nicht, wenigstens nicht unbedingt haben solle. Hierzu bedarf es jedoch einer ausdrücklichen Bestimmung und auf diese haben sich die Kläger in schlüssiger Weise nicht bezogen.

Eben so wenig ist die Behauptung, daß Beklagter den Erlös aus dem Weiterverkaufe der ihm gelieferten Waaren an sich behalten und sich dadurch zum Nachtheile der Kläger bereichert habe, zur Beachtung geeignet. Denn zunächst ist, wie schon bemerkt wurde, die gegenwärtige Klage, nach der eigenen Erklärung der Kläger, nur auf den ursprünglichen Kauf und weder auf eine durch den Accept der Wechseltratten begründete wechselmäßige Verpflichtung, noch auf den nach §. 83. der deutschen Wechselordnung unter gewissen Voraussetzungen anerkannten Anspruch auf Schädenersatz gerichtet. Ein solcher Anspruch würde voraussetzen, daß die wechselmäßige Verbindlichkeit des Beklagten durch Verjährung oder Verabsäumung einer zur Erhaltung des Wechselrechts erforderlichen Handlung erloschen sei, und dies haben die Kläger in ihrer Klage nicht angeführt und zugegeben; dann aber würde auch ihr Anführen, daß sich der Beklagte durch den Weiterverkauf der fraglichen Waaren mit ihrem Schaden bereichert habe, zumal mit Rücksicht auf den gebrauchten Eidesantrag, viel zu allgemein und unbestimmt sein, um erkennen zu lassen, ob und nach welchem Betrage eine solche Bereicherung statt gefunden habe."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Pierer gegen Werner, vom Monat November 1855.) L.

44.

Für den Begriff der Bürgschaft der Ehefrau für den Ehemann ist es gleich, ob die Verpflichtung des Ehemannes schon besteht, oder nachher eintritt, und ob der Ehemann verpflichtet bleiben, oder seiner Verbindlichkeit erledigt werden soll.

„Man hat den ganz sachgemäßen Gründen, aus denen das Suchen des Klägers rücksichtlich der geforderten 100 Thlr. in der angebrachten Maße abgewiesen wurde, allenthalben beizutreten gehabt, und auf die wider dieselben erhobenen Ausstellungen gegenwärtig Folgendes zu bemerken:

Besage §. 2. des Mandats vom 6. November 1828 hat man

unter einer Verbürgung der Frau für den Ehemann jede Zusicherung zu verstehen, für eine Verbindlichkeit desselben haften zu wollen. Einerlei ist es hierbei, ob die Verpflichtung des Ehemannes schon besteht, oder erst nachher eintritt, ferner ob der Ehemann verpflichtet bleiben, oder seiner Verbindlichkeit ganz entledigt werden soll.

Inhalts der Klage sprach Ende Augusts oder Anfang Septembers 1853 der Ehemann der Beklagten gegen den Kläger, welcher selbst sich als Agent bezeichnet und wiederholt für sich geltend macht, daß er gewerbmäßig Mäklergeschäfte betreibe, den Wunsch aus, sein zu Münchhausen gelegenes Anderthalbhufengut zu verkaufen und forderte ihn auf, einen Abnehmer zu verschaffen. Die Beklagte war mit zugegen und versprach unter Genehmigung ihres Ehemannes, dem Kläger zu Ostern 1854 die Summe von 100 Thlrn. zu bezahlen, wenn er einen Abkäufer für das Münchhausener Gut zuweise.

Deutlich und bestimmt ist hiermit ausgesprochen, daß Beklagte 100 Thlr. zur Vergeltung dafür zahlen wollte, wenn Kläger einen Abkäufer für das Münchhausener Gut stellte. Die Verpflichtung, eine Vergütung dafür zu gewähren, lag nicht ihr ob, sondern dem Ehemanne. Ob dieser eine solche bereits zugesichert hatte, oder nicht, ist nach der oben bezogenen Gesetzstelle für die Diagnose des hier in Frage kommenden Rechtsgeschäfts ganz gleichgültig. Jedenfalls übrigens erkannte der Beklagten Ehemann, daß der Kläger eine Vergeltung zu fordern berechtigt sein und diese zur Höhe von 100 Thlrn. zu verlangen haben sollte, dadurch an, daß er das Versprechen seiner Ehefrau genehmigte und überdies, wie Bl. — ausdrücklich bemerkt wird, dasselbe wiederholte. Für Beurtheilung der Sache aber macht es keinen Unterschied, möge er, wie man dem Wortlaute nach anzunehmen hat, das Versprechen in eignem Namen wiederholt, das heißt, selbst 100 Thlr. Mäklerlohn zu zahlen versprochen, oder möge er, wie er behaupten will, mit jenen Worten nur erklärt haben, daß er das von der Frau gegebene Versprechen ausdrücklich für diese und in deren Namen erneuert habe. Denn, wenn auch dieser, offenbar den Worten Gewalt anthuenden Auslegung Statt gegeben werden könnte, so würde doch in diesem letzten eben so wie im ersten Falle so viel feststehen, daß er die Verpflichtung, für die ihm geschehene Zuweisung eines Abkäufers eine Vergeltung zu gewähren, anerkannt und eine Summe von 100 Thlrn. dafür als angemessen betrachtet habe. Daß er aber für diesen Betrag selbst mit zu haften hatte, war nach dem §. 2. des Mandates vom 6. November 1828 nicht zu dem Ende erforderlich, um der Zusicherung seiner Ehefrau den Charakter einer Verbürgung zu geben.

Sprach Beklagte bei der Verhandlung am 14. September 1853 die Bl. — beschriebene Erklärung aus, so hat sie damit nur ein Versprechen anerkannt, welches nach dem vorigen eine Verbürgung für den Ehemann enthielt.

Auch in dem Klagvorbringen läßt sich nichts weiter als eine solche erblicken. Es wird nämlich dort gesagt:

„Bereits unterm 1. September 1853 hatte der Beklagten Ehemann wegen der 100 Thlr. Klägerm ein Schuldbekenntniß unterzeichnet, am 14. September 1853 dagegen unterzeichnete die Beklagte mit ihrem Ehemanne eine unter obiges Bekenntniß gebrachte Erklärung, worin sie versprach, außer den obigen 100 Thlrn. noch 20 Thlr. zu Ostern 1854 Klägerm zu gewähren."

Unter dem Schuldbekenntnisse über 100 Thlr., welches der Beklagten Ehemann dem Kläger unterzeichnet hat, läßt sich dem Wortausdrucke und auch dem Zusammenhange nach nichts anderes verstehen, als eine von der Beklagten Ehemanne an den Kläger über eine dem letzteren schuldige Summe von 100 Thlrn. ausgestellte Schrift. Brachte die Klägerin am 14. September 1853 auf dieses Document eine Erklärung, durch welche sie sich zu Berichtigung dieser von ihrem Ehemanne unter dem 1. desselben Monats verschriebenen 100 Thlr. verpflichtete, so war dies eine Verbürgung. Nun will Kläger zwar jetzt wieder, wie schon früher von ihm, namentlich auch Bl. — geschehen ist, behaupten, die Klage spreche gar nicht von einem Documente, durch welches der Ehemann der Beklagten sich ihm zum Schuldner bekannt, sondern nur von einem Documente, worin er das von seiner Frau gegebene Zahlungsversprechen wiederholt und genehmigt habe. Allein abgesehen davon, daß in die betreffenden Worte ein solcher Sinn sich schlechterdings nicht legen läßt, würde, selbst wenn dies möglich wäre, doch immer nach dem Vorbringen der Klage soviel gewiß bleiben, daß die 100 Thlr. versprochen worden sind, um eine Verbindlichkeit des Ehemannes zu erfüllen, demnach dem Suchen des Klägers fortwährend der Einwand entgegenstehen, daß sich dasselbe auf eine unwirksame Verbürgung stütze."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Löwe gegen Junge, vom Monat November 1855.) L.

45.

Der Bauherr, welcher das Gebäude übernommen hat, kann wegen später entdeckter Fehler nicht auf nachträgliche Ausführung der mangelhaften Theile des Gebäudes, sondern blos auf Entschädigung klagen.

„Wer ein Werk in Accord übernimmt, hat dasselbe bis zur gesetzten Zeit auszuführen, aber auch ein Recht, zu verlangen, daß der Verdingende es zu dieser übernehme. Der Unternehmer trägt bis zur Uebergabe die Folgen seiner bei der Ausführung etwa vorgekommenen Verschuldung.

L. 25. §. 7. L. 36. D. loc. cond. (19. 2.)

Nach der Annahme und Billigung des Werkes dagegen haftet er, den Fall einer besonderen dießfallsigen Vereinigung ausgenommen, für von ihm veranlaßte Fehler nur dann, wenn er die Billigung durch dolus erschlichen hat.

L. 24. pr. eod.

Die Billigung muß nicht nothwendig ausdrücklich, sondern kann auch thatsächlich erklärt werden, insbesondere dadurch, daß der Besteller das Werk nach dessen Vollendung ohne Vorbehalt zum Gebrauche übernimmt und die dafür zugesicherte Accordsumme auszahlt. Besage der Klage hatte Kläger dieselbe in drei Raten, und zwar die letzte derselben von 300 Thlrn. erst nach Vollendung des Baues zu berichtigen. Er hat nach seinen Zugeständnissen das Gebäude ohne Ausstellung und Vorbehalt vom Beklagten zur Benutzung übernommen, auch den dafür zugesicherten Preis, dessen letzte Rate er, wie eben gedacht, erst nach Vollendung desselben zu berichtigen hatte, bis zum 8. September 1852 vollständig bezahlt. Indem er vorbehaltlos auszahlte, erkannte er seine Verbindlichkeit zur Zahlung an, damit aber zugleich die richtige Uebergabe des Werkes, indem er nur unter Voraussetzung derselben zur Zahlung gehalten war.

Der Kläger bekennt in der Klage, daß der Beklagte den Contract erfüllt habe, behauptet jedoch, daß dies nicht gehörig geschehen sei. Beklagter soll demnach für Fehler und Vernachlässigungen haften, deren er sich bei Ausführung des Werkes schuldig gemacht. Es handelt sich also um einen Schädenanspruch. Dieser ist zwar mittelst der Contractsklage verfolgbar, kann aber, wie vom Oberappellationsgerichte schon früher in einem ähnlichen Falle ausgesprochen wurde,

cfr. Wochenblatt 1853 S. 62. —

nicht unbedingt auf nochmalige Ausführung der mangelhaften Theile des Werkes gerichtet werden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Herrmann gegen Uhlmann, vom Monat November 1855.) L.

46.

Inwieweit enthalten unzüchtige Handlungen zu Aufreizung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes mit Kindern einen Ehebruch im Sinne des §. 85. des Erbfolgemandates?*)

„Die vorige Instanz hat der Beklagten ganz im Allgemeinen nachgelassen, in dem ihr auferlegten Ausflüchtsbeweise auch die Behauptung, daß der Kläger das gedachte Verbrechen der Unzucht mit Kindern unter zwölf Jahren wirklich verübt habe, auszuführen.

In dieser Allgemeinheit hat man jedoch der vorigen Instanz nicht beizupflichten vermocht.

Das Verbrechen, wegen dessen Kläger nach Inhalt der vor dem vereinigten Criminalamte zu Leipzig ergangenen Acten mit einjähriger Zuchthausstrafe zweiten Grades belegt worden, ist unter den ersten

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856 S. 114 flg.

Abschnitt des Art. 161. des Crim. Ges. Buchs gestellt. Nach dieser Strafbestimmung kann aber das Verbrechen der Unzucht mit Kindern unter 12 Jahren insofern in zweifacher Weise verübt werden, als die Kinder entweder

a) zum Beischlafe gemißbraucht, oder

b) andere unzüchtige Handlungen zu Aufreizung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes mit ihnen vorgenommen werden.

Wenn nun das sächsische Erbfolgemandat im §. 85. als einen gültigen Grund der Enterbung eines Ehegatten einen von demselben verübten Ehebruch bezeichnet, so kann nicht bezweifelt werden, daß das im ersten Abschnitte des Art. 161. bezeichnete Verbrechen, dafern es von einem Ehegatten in der unter a. gedachten Modalität verübt worden, ebenfalls als ein gültiger Grund zu Enterbung dieses Ehegatten anzusehen ist, da dieses Verbrechen zugleich das Verbrechen des Ehebruchs, welcher zum Thatbestande nach jetzigem wie nach älterem Rechte einen außerehelichen Beischlaf verlangt,

cfr. Art. 211. des Crim. Ges. Buchs.
Const. 19. Part. IV. v. 1572.
Eheordnung v. 10. August. 1624, 4. Punct.
Decisio 82. 83. v. J. 1661.
§. 7. der fernerweiten Instruction v. 27. Mai 1783.

in sich begreift.

In der wider den Kläger geführten Untersuchung und in den darin ertheilten Bekenntnissen ist aber nicht speciell unterschieden, ob es Handlungen der unter a. gedachten Art oder nur Handlungen der unter b. gedachten Art gewesen sind, wegen deren Kläger für schuldig befunden worden sei?

Da jedoch Beklagte ganz allgemein die Behauptung aufgestellt, daß Kläger sich des Verbrechens der Unzucht mit einem zehnjährigen Mädchen schuldig gemacht habe, so hat auch derselben der Beweis nicht abgeschnitten werden können, daß Kläger das mehrfach bezeichnete Verbrechen in der unter a. gedachten Modalität ausgeführt habe.

Hierbei ist inzwischen noch zu bemerken, daß zum Erbringen dieses Beweises zwar nicht der Nachweis des blosen Conates eines Ehebruches, wohl aber der Nachweis eines adulterii inchoati genügen würde, daß mithin ausreichend sein würde der Nachweis: es habe Kläger bei Verübung des oben gedachten Verbrechens mit einem noch nicht zwölf Jahre alten Mädchen seinerseits bereits Alles gethan, um die nur durch den Mangel der Geschlechtsreife des Mädchens behinderte vollständige Vereinigung der Geschlechtstheile herbeizuführen. Denn wenn auch der Eingang in §. 85. des Erbfolgemandats die Anwendung der Rechtsanalogie und eine extensive Interpretation rücksichtlich der angegebenen Enterbungsgründe nicht gestattet, so ist doch in einem solchen Falle dem unschuldigen Ehegatten gegenüber diejenige Verletzung der ehelichen Treue, welche ihn zu Enterbung des untreuen Ehegatten berechtigt, vollständig eingetreten, indem von dem schuldigen

Ehegatten Alles gethan worden, was ihm zu Ausführung des Ehebruchs seinerseits möglich war, und seine auf die Vollziehung des außerehelichen Beischlafs gerichtete Absicht auch in eine entsprechende Handlung übergegangen ist.

Dagegen kann das unter den 1. Abschnitt des Art. 161 fallende Verbrechen, dafern es durch Handlungen der unter b. gedachten Art ausgeführt worden, als ein gültiger Grund zu Enterbung des schuldigen Ehegatten nicht erachtet werden.

Wie schon oben hervorgehoben worden, fehlt bei diesen Handlungen ein wesentlicher zum Vorhandensein eines Ehebruchs erforderlicher Bestandtheil, nämlich: die außereheliche fleischliche Vermischung. Sie können daher nicht unter die Rubrik des Ehebruchs gestellt werden, um so weniger, als §. 85. des Erbfolgemandats die Analogie und extensive Interpretation ausschließt.

Eben so können diese Handlungen nicht unter die, einen ferneren Enterbungsgrund statuirende, Bestimmung gestellt werden, welche Platz ergreift, wenn sich der Ehegatte gegen den Erblasser eines Verbrechens schuldig gemacht hat, worauf Zuchthausstrafe steht.

Die vorige Instanz ist hierbei im Wesentlichen von der Ansicht ausgegangen, daß, indem die Gesetzesstelle nicht von einem an den Ehegatten unmittelbar, sondern von einem gegen denselben verschuldeten Verbrechen spreche, darunter auch ein solches mit Zuchthaus zu ahndendes Verbrechen, welches unmittelbar an einer dritten Person verübt worden, zugleich aber mittelbar in die eheliche Rechtssphäre des andern Ehegatten verletzend eingreife, zu verstehen sei, und daß die Unzüchtigkeiten, wegen deren Kläger bestraft worden, zugleich mit dem Bewußtsein der Verletzung der Ehre der Ehefrau und deren Ansprüche auf Treue verübt seien, mithin dieselben als eine mittelbare Verletzung der eheweiblichen Rechte zu betrachten und in einer Handlung, welche das Criminalgesetz mit Zuchthausstrafe bedroht, zur Ausführung gekommen seien.

Allein dieser Schlußfolgerung ist Folgendes entgegenzustellen.

Schon an und für sich kann der Begriff der Verübung eines Verbrechens gegen eine Person nicht anders aufgefaßt werden, als dahin, daß die Person durch das Verbrechen verletzt worden sei. Mag auch ein Unterschied zulässig sein zwischen der Verübung des Verbrechens an einer Person und gegen eine Person, insofern der letztere Ausdruck als ein weiter greifender angesehen werden kann und nicht auf eine unmittelbare persönliche Verletzung zu beschränken ist, so setzt doch jener Begriff immer eine wirkliche Verletzung der betreffenden Person, sei es an der Person selbst oder an deren Gütern voraus, indem überhaupt, wo es sich von Verbrechen gegen Privatpersonen handelt, eine andere Verletzung als die der Person oder des Vermögens nicht denkbar ist. Also eines dieser beiden Rechte muß durch das Verbrechen verletzt sein, nicht aber kann einer solchen Verletzung die nebenbei für den einen Ehegatten dadurch entstehende

Affection, daß der andere Ehegatte sich eines mit Zuchthaus zu bestrafenden Verbrechens schuldig gemacht hat, gleichgestellt werden, denn dann müßte jedes derartige Verbrechen, wodurch stets auch der andere Ehegatte mehr oder weniger mittelbar berührt wird, als Enterbungsgrund gelten, was offenbar gegen den Willen des Gesetzes ist. Will man daher selbst eine mittelbare Rechtsverletzung des unschuldigen Ehegatten hierbei statuiren, so muß es doch jedenfalls eine eigentliche, die Person oder das Vermögen benachtheiligende Verletzung sein.

Nun steht aber das im ersten Abschnitte des Artikels **161.** bezeichnete Verbrechen, dafern es in Handlungen der unter b. gedachten Art verübt worden, an sich in gar keiner Beziehung zum ehelichen Verhältnisse; der Verbrecher verfällt der daselbst geordneten Strafe, mag er ein Ehegatte sein oder nicht. Die hohe Strafbarkeit des Verbrechens beruht nicht auf den Handlungen für sich allein betrachtet, sondern darauf, daß sie an Kindern unter **12** Jahren begangen und daher diese leicht einem körperlichen wie moralischen Verderben zugeführt worden. Diese Kinder sind daher die Verletzten, an welchen das Verbrechen verübt wird. Man denke sich diese verletzten Rechtssubjecte weg, und substituire statt deren erwachsene Personen, so besteht das von dem Verbrechen übrig Bleibende in unkeuschen Betastungen und nach Befinden in naturwidriger Aufreizung und Befriedigung des Geschlechtstriebes, und auf diese Handlungen beschränkt sich daher dasjenige, was allenfalls als eine mittelbar in das Rechtsgebiet des andern Ehegatten eingreifende Verletzung angesehen werden kann.

Können nun auch diese Handlungen eine große moralische Verdorbenheit beurkunden und auch criminell strafbar sein, so kann doch nie die Strafe in Zuchthaus bestehen. (cfr. Art. 308. des Cr. Ges. Buchs.) Es ist aber einerseits nicht die große moralische Verwerflichkeit des Verbrechens und andererseits nicht unbedingt die Höhe der Strafe für das verübte Verbrechen, was dem anderen Ehegatten einen Grund zur Enterbung gewährt, sondern es müssen die beiden Criterien, daß das Verbrechen mit Zuchthausstrafe bedroht und gegen den Ehegatten verübt ist, vereint vorhanden sein.

Die erwähnten unkeuschen Betastungen und widernatürlichen Aufreizungen können aber ferner theils aus dem obengedachten Grunde, theils auch um deswillen rücksichtlich ihres Einflusses auf das Erbrecht eines Ehegatten nicht dem Ehebruche gleichgestellt werden, weil auch in andern Fällen, wo sich der Einfluß der Verletzung der ehelichen Treue geltend macht, eine solche Gleichstellung nicht stattfindet, z. B. wegen Ueberschreitungen der gedachten Art an sich, und, sofern nicht ein eheliches Unvermögen daraus entstanden ist, in den meisten Fällen der Antrag auf Ehescheidung noch nicht begründet wird.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so war zu des Klägers erstem Gravamen in theilweiser Ensprechung

desselben eine Beschränkung des der Beklagten in voriger Instanz nachgelassenen Beweises zu verfügen.

Rücksichtlich des weiteren, vom Kläger aufgestellten Gravamen ist dagegen zu bemerken, daß das von ihm erst in der Appellationsinstanz Vorgebrachte allerdings als verspätigt erscheint, und daher mindestens jetzt keine weitere Beachtung finden kann, während der künftigen Definitivsentenz überlassen bleiben muß, eintretenden Falles darüber zu cognosciren, ob Kläger, nachdem er in der Klage unter Eidesantrag sich auf eine auf dem letzten Krankenlager der Defuncta drei Wochen vor ihrem Tode erfolgte Aussöhnung mit ihr bezogen, und die Entscheidung über diesen Eidesantrag vorbehalten worden, in dem Gegenbeweise das VI. — Vorgebrachte geltend zu machen und auf das daselbst gedachte Beweismittel Bezug zu nehmen befugt gewesen sei."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Franke gegen Högel, vom Monat November 1855.) L.

47.

Einige Grundsätze über den s. g. Lieferungscontract, insbesondere über die Frage, ob ein für die Lieferung oder Abnahme festgesetzter bestimmter Zeitpunct als resolutive Bedingung zu betrachten ist.

„1.

Durch die Contractsworte in dem Schlußzettel war Abnahme bedungen, worunter nach allgemein gültiger Bedeutung des Wortes Abholen zu verstehen ist, und im vorliegenden Falle war dies und konnte es Niemandes andern als Klägers Sache sein, und völlig von selbst versteht es sich, daß, wer von einem mit rohen Producten handelnden Großhändler dergleichen erkauft und abzuholen hat, sich zur Abnahme in dessen Geschäftslocale zu melden hat. Hierzu kommt

2.

daß überhaupt, ausgenommen, es wäre etwas Besonders verabredet worden, der Verkäufer wohlberechtigt ist, mit der Uebergabe Anstand zu nehmen, bis der Käufer sich zur Empfangnahme persönlich oder durch einen Stellvertreter bei ihm eingefunden. Denn allgemein anerkannter Maßen ist jeder Verkäufer berechtigt, die verkaufte Sache zu retiniren, bis der Kaufpreis berichtigt ist. Somit stehen vor erfolgter Uebergabe der Sache Verkäufer und Käufer hinsichtlich resp. der Sache und des Preises einander gegenüber wie Pfandgläubiger und Pfandschuldner, und inconsequent würde es sein, dem Verkäufer zuzumuthen, sich unter der Voraussetzung, er werde Zahlung erhalten, irgend wie mit der Ablieferung zu befassen, während dem Pfandgläubiger Niemand zumuthen wird, ohne gleichzeitige Tilgung

der Pfandschuld sich rücksichtlich der Rückgabe des Pfandes anders als ganz passiv zu verhalten. Allerdings erkennt weder eine vaterländische, noch eine recipirte positiv rechtliche Vorschrift diese Ansicht ausdrücklich an (welche Behauptung, insoweit überhaupt ihr negativer Inhalt sie zu belegen gestattet, belegt ist durch §. 58. Seite 132 und 133 des Buches: der Kaufcontract von Dr. Treitschke 1838); indeß sie ist rationell begründet und ihre somit auch begründete Giltigkeit durch keine positiv-rechtliche Vorschrift aufgehoben. Demnach

3.

erscheint, beurtheilt man das fragliche Verhältniß in Gemäßheit der vorliegenden Klage, Kläger als derjenige Theil, durch dessen Säumniß die Contractserfüllung unterblieben, zu betrachten, und es würde — cf. fol. — ihm darum, und weil Beklagte Kaufleute sind, bereits die erste Instanz den Anspruch auf Contractserfüllung nach abgelaufener Lieferungszeit abgesprochen haben, wenn Kläger ebenfalls ein Kaufmann wäre. Die dritte Instanz ist nicht damit einverstanden, daß Klägers Säumniß demselben minder schädlich sein soll, als, unter nurgedachter Voraussetzung, auch die erste Instanz würde angenommen haben. Abgesehen nämlich davon, ob und in wie weit überhaupt die Ansicht beifallswerth sei, nach welcher bei Lieferungsgeschäften, die nicht beiderseits von Kaufleuten abgeschlossen worden, versäumte Contractserfüllung anders soll beurtheilt werden, als in Fällen, wo nur Kaufleute gegenseitig contrahirt haben, wird die Geltendmachung jener Ansicht in gegenwärtiger Sache durch folgendes Moment behindert. Kläger ist, wie gedacht, ein Bäckermeister, steht aber einem Kaufmanne insofern gleich, als er aus vorliegenden Akten zu ersehender Maßen eben so wie Beklagte bedeutende Quantitäten Korn einkauft, um dieselben, zwar nicht unverändert, sondern, nach vorhergegangener Specification, gemahlen und verbacken, um nichts weniger aber als Waare mit Gewinn durch Verkauf an das Publikum zu verwerthen, und sonach würden im Wesentlichen gleiche Rücksichten, wie diejenigen welche — cf. fol. — den lieferungspflichtigen Kaufmann berechtigen, die Säumniß des annahmepflichtigen Kaufmanns als Liberationsgrund geltend zu machen, auch für den Kläger, wären Beklagte der säumige Theil, einen gerechtfertigten Liberationsgrund abgeben. Daher erfordert in gegenwärtigem Falle, wo die Säumniß von entgegengesetzter Seite, von Seite des Klägers eingetreten ist, diejenige Aequität, welche Kennzeichen und der Zweck des bürgerlichen Rechtes ist,

> vrgl. den Ausspruch: jus civile est aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas. Cicero Topica cp. 3. und die Worte Ulpians: jus est ars boni et aequi. l. 1. pr. ff. de justit. et jure — I. 1. —

das nämliche Befugniß den Beklagten zuzusprechen.

Was

4.

Kläger aus dem Worte „liefern" zu folgern gesucht hat, ist unerheblich, weil jedenfalls der Schlußzettel, in dem, schon bemerkter Maßen, die Abnahme bedungen worden, behindert, jene Folgerung auf vorliegenden Fall anzuwenden, denn unverkennbar ist es kein Essentiale des Lieferungscontractes, daß der Besteller abgeliefert erhalte, ohne der Ablieferung mit manifestirten Veranstaltungen Behufs der Empfangnahme zuvorgekommen zu sein.

5.

Der Umstand allein, daß Beklagte, wie von ihnen angeführt worden, vor Eintritt des Lieferungstermines den Kläger wissen lassen, „die 100 Scheffel Korn lägen bereit", reicht, das leuchtet von selbst ein, nicht aus, die Annahme zu rechtfertigen, als hätten Beklagte auf das verzichten wollen, was laut Schlußzettels sie sich ausdrücklich bedungen hatten, nämlich: die vom Kläger zu bewirkende Abnahme."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Bauer gegen Röser und Genossen, vom Monat November 1855.) *) L.

48.

Ueber die exceptio rei judicatae. — Der Verkäufer von Staatspapieren oder Actien ist in der Regel nicht berechtigt, die Papiere zu verkaufen, und die Preisdifferenz zu fordern, wenn der Käufer tempestiv nicht abgenommen hat.

„Rücksichtlich der vom Beklagten vorgeschützten exceptio rei judicatae bedarf es eines näheren Eingehens auf die nicht unzweifelhaften Fragen: ob die von dem Königl. Preuß. Kreis- und Stadtgerichte zu Magdeburg, als dem forum domicilii des Beklagten, am 19. Juli 1852 ertheilte, den Kläger rechtskräftig abweisende Entscheidung, welche die jetzigen Parteien, denselben Streitgegenstand und zum Theil denselben Klaggrund betrifft, der nunmehr bei dem Handelsgerichte zu Leipzig, als dem forum contractus, erhobenen Klage entgegenstehe oder nicht? ob der Inhalt dieser Entscheidung selbst eine Klage vor dem Gerichte des abgeschlossenen Contractes zulasse? und somit im Gegentheile die Zulässigkeit der jetzigen Klage auf der Rechtskraft der früheren Entscheidung beruhe? um deßwillen nicht, weil nach Ansicht der jetzigen Instanz die vom Beklagten unter 2. vorgebrachte Einwendung der Unschlüssigkeit, soweit die Klage beim

*) Diese Sache gelangte auch in die Läuterungsinstanz und wir behalten uns vor, das Läuterungsurthel künftig mitzutheilen.

ersten Klagpunkte auf den Lieferungsvertrag basirt worden, begründet erscheint, und das bei der jetzigen Klage im zweiten Klagpunkte behauptete Zahlungsversprechen in der vor dem Kreis- und Stadtgerichte zu Magdeburg erhobenen Klage nicht zur Grundlage genommen worden, sondern desselben in dem Preußischen Processe erst in der Replik gedacht worden, mithin angenommen werden muß, daß das mehrgedachte Erkenntniß, welches dieses Zahlungsversprechen ganz unerwähnt läßt, nur über den ersten Klaggrund entschieden habe. Durch die Rechtskraft dieser Entscheidung ist daher eine, auf einem anderen Klaggrunde beruhende Klage nicht abgeschnitten.

Was nämlich die Einrede der Unschlüssigkeit in Betreff des aus dem ursprünglichen Lieferungsvertrage selbst abgeleiteten Anspruchs anlangt, so fragt sich zunächst, was der Zweck des libellirten Lieferungsvertrages gewesen sei?

Ging die Absicht der Contrahenten dabei dahin, daß an dem in dem Schlußzettel bestimmten Lieferungstage, dem 25. Mai 1848, nur die Differenz zwischen dem von den Contrahenten am 24. Februar 1848 zum Maßstabe genommenen Course und dem am Lieferungstage, dem 25. Mai 1848, stattgehabenden wirklichen Tagescourse der in der Klage bezeichneten Actien gezahlt werden solle, so würde der Vertrag selbst als ein nach dem Mandate vom 20. December 1766 verbotenes Glücksspiel sich darstellen, mithin der Gültigkeit entbehren.

cfr. Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen, 3. Theil, pag. 117.

War dagegen, wie in der Klage behauptet ist, die Vereinigung unter den Contrahenten dahin getroffen, daß am Ablieferungstage der Beklagte die nach dem Course im Schlußzettel zu berechnende Kaufsumme baar bezahlen und Kläger die bezeichnete Quantität Actien wirklich übergeben solle, so war unter den Contrahenten ein wirklicher Kaufvertrag abgeschlossen.

Der in Erfüllung dieses Vertrages säumige Contrahent war daher zunächst nur mittelst der für diesen Vertrag gesetzlich bestimmten Rechtsmittel in Anspruch zu nehmen, dergestalt, daß der klagende Theil auch seinerseits den ihm auf Grund des abgeschlossenen zweiseitigen Vertrages obliegenden Verbindlichkeiten nachzukommen hatte.

Klagt, wie gegenwärtig, der Verkäufer gegen den säumigen Abkäufer, so hat er sich der actio venditi zu bedienen und seinerseits sich zu Uebergabe des verkauften Gegenstandes bereit zu halten.

Statt dessen führt Kläger in der Klage an:

daß er, da Beklagter am Ablieferungstage ihm die erkauften Actien nicht abgenommen habe, mit Rücksicht darauf, daß die verkauften Actien Anfang März 1848 wegen der inzwischen eingetretenen politischen Unruhen von Tag zu Tag gesunken wären, auch am 25. Mai 1848 ein noch weiteres Sinken

derselben zu befürchten gewesen sei, die Actien am gedachten Tage zu dem Tagescourse verkauft habe, um sowohl sich, als den Beklagten vor größerem Verluste zu bewahren.

Und es glaubt sich Kläger berechtigt, die hiernach sich ergebende Coursdifferenz von 1575 Thlrn., als den Betrag eines durch Nichterfüllung des Vertrages Seiten Beklagtens ihm verursachten Schadens, — das id quod interest — sammt Verzugszinsen vom 26. Mai 1848 ohne Weiteres von Beklagtem verlangen zu dürfen.

Allein es können diese Thatsachen so wenig zu Begründung des Anspruches auf das id quod interest, als zu Begründung einer Klage auf Schadloshaltung wegen des zu des Beklagten Nutzen geführten Geschäftes für ausreichend erachtet werden.

Einerseits läßt sich nämlich der vom Kläger eigenmächtig unternommene Verkauf der Actien nicht aus dem Gesichtspunkte einer negotiorum gestio, auf welche Kläger ebenfalls hinzuweisen scheint, rechtfertigen, weil die Course solcher Papiere steigen und fallen, und es sich nie voraussehen läßt, ob die Umstände, welche zu der einen Zeit die Course herabdrücken, sich nicht ändern und die Course in einer späteren Zeit nicht wieder steigen werden. Ueberhaupt fehlt jede Angabe, daß dem Beklagten durch den Verkauf der Actien wirklich ein Vortheil, und nach welchem Umfange zugeführt worden sei.

Andererseits hat das Sinken des Courses der verkauften Papiere nach Ablauf des Abnahme-Tages nur dem Beklagten, nicht dem Kläger einen Nachtheil zugefügt, und schon hiermit verschwindet die Unterlage für einen dem Kläger wegen Nichterfüllung des Vertrags Seiten Beklagtens erwachsenen Schaden.

Ueberhaupt aber wird dadurch, daß der Gegenstand des Kaufs ein solcher ist, dessen Werth sich nicht gleich bleibt, sondern steigend und fallend ist, an der Verbindlichkeit des Verkäufers, die verkaufte Sache zur Uebergabe in Bereitschaft zu halten, sofern nicht die Umstände in concludenter Weise die Annahme einer lex commissoria für den Verkäufer gestatten, nichts geändert. Weder gesetzliche Vorschriften noch allgemeine Rechtsprincipien lassen sich dafür anziehen, daß der Verkäufer dann, wenn der Käufer in mora accipiendi sich befindet, den einem steigenden und fallenden Werthe unterworfenen Gegenstand des Vertrages ohne Weiteres anderweit verkaufen und die Differenz zwischen dem contractmäßigen und dem neueren Preise als Schädenbetrag von dem Käufer fordern könne. Die mora accipiendi Seiten des Käufers bewirkt für den Verkäufer nur soviel, daß er in Bezug auf die Aufbewahrung des Gegenstandes blos den dolus zu prästiren,

l. 5. 17. Dig. de peric. et commod. (18. 6.)

und den durch die Aufbewahrung ihm entstandenen Aufwand restituirt verlangen kann.

Mit diesen vom Oberappellationsgerichte bereits im Jahre 1847 ausgesprochenen Grundsätzen ist auch wohl vereinbar der von der



Praxis befolgte Grundsatz: daß insbesondere unter Kaufleuten bei Lieferungsgeschäften, welche Artikel betreffen, die in kürzerer Zeit einem Schwanken des Preises unterworfen sind, der Verkäufer in dem Falle, wo die Erfüllung in einer bestimmten Zeit Bedingung des Handels gewesen, bei einer dem Abnehmer zur Last fallenden mora von dem Vertrage abzugehen und über die verkaufte Waare anderweit zu disponiren berechtigt ist. Denn hier wird davon ausgegangen, daß die Contrahenten durch concludente Thatsachen ihr Einverständniß für das Eintreten der lex commissoria zu erkennen gegeben haben.

Dieser Grundsatz hat aber nur die Folge, daß nunmehr der Käufer nicht auf Erfüllung des Vertrages klagen kann, nicht aber die Folge, daß ohne Hinzutritt besonderer Umstände der Verkäufer, wenn es ihm den zu liefern gewesenen Gegenstand um den unter dem contractmäßigen Preise bleibenden Marktpreis zu verkaufen beliebt, die Differenz als das Object eines erlittenen Schadens einzuklagen berechtigt ist.

Aus der für die gegentheilige Meinung in der vorigen Instanz geltend gemachten

l. 1. §. 3. Dig. de periculo et comm. rei venditae (18. 6.)

läßt sich diese Ansicht nicht begründen. Indem diese Gesetzesstelle von dem Falle, wo der Verkäufer unter gewissen Voraussetzungen sogar das Recht hatte, den verkauften, auf seinen Fässern gebliebenen Wein wegzugießen, spricht, läßt sie unter Andern auch demselben, indem sie ihn aber für diesen Fall noch besonders belobt, die Veräußerung des Weines nach, damit der Käufer hierbei so wenig als möglich in Schaden gerathe.

Hier wird also die Veräußerung des verkauften Gegenstandes deshalb gestattet, weil sie für den Käufer jedenfalls vortheilhafter ist, als wenn der Verkäufer von seinem Rechte, das verkaufte Object zu beseitigen, Gebrauch macht. Solchenfalls hat wirklich der Verkäufer die Geschäfte des Abkäufers, welcher, statt der Waare gänzlich verlustig zu gehen, noch den dafür erlangten Kaufpreis bekommt, utiliter gerirt.

Es spricht vielmehr im Gegentheile diese Stelle dafür, daß der Verkäufer, wenn er aus der mora des Käufers einen besonderen Schädenanspruch ableiten will, zu dessen Begründung noch besondere Thatsachen beizubringen hat; denn es wird bemerkt, daß der Verkäufer des Weines, wenn er von dem Abkäufer einen Lohn für die Gefäße zur ferneren Aufbewahrung des Weines einklagen will, darauf Bezug zu nehmen habe, daß er die Gefäße gemiethet gehabt, oder anderes Gefäße zu ermiethen genöthigt gewesen sei.

Gleichergestalt dürfen nicht die Grundsätze, welche die rechtliche Stellung des Käufers mit sich bringt, mit denen, welche durch die Stellung des Verkäufers bedingt sind, verwechselt werden.

Während bei der actio venditi auch dann, wenn der Gegenstand des Kaufes leicht dem Verderben ausgesetzt oder einem Schwanken des Preises unterworfen ist, aus diesen Umständen allein für den Verkäufer, der nach wie vor den stipulirten festen Kaufpreis beziehendlich nebst Verzugszinsen beansprucht, kein Bedürfniß hervorgerufen wird, neben der Contractsklage eine Klage auf das id, quod interest anstellen zu können, ist die letztere Klage für den Käufer ein dringendes Bedürfniß, indem er, wenn er die actio emti nur auf Uebergabe des Kaufobjectes und Ersatz der durch die Zögerung des Verkäufers erlittenen erweislichen Schäden, nicht aber sofort auf das id, quod interest zu richten befugt wäre, gegen seine Intention allen bis zur Definitive möglichen Chancen des Verkehrs ausgesetzt und nach Befinden ihm die spätere Lieferung unnütz sein würde.

Dem Käufer gegenüber kann daher wohl behauptet werden, daß er unter solchen Verhältnissen nicht nöthig habe, seine Klage auf die Sache selbst zu richten, sondern zu einer Klage auf sein Interesse berechtigt sei, ohne den Beweis führen zu müssen, daß ihm die spätere Lieferung unnütz sei. Und diese Ansicht allein ist es, welche durch

Siebenhaar in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Neue Folge 10. Bd. pag. 193 flg.

nähere Begründung gefunden hat, wie denn auch der im

Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrgang 1853 pag. 395.

abgedruckte Rechtsfall im Wesentlichen nur von dem dem Käufer zustehenden Rechte, auf das Interesse klagen zu können, handelt.

Wie daher aus einer vom Beklagten, als Abkäufern, verhangenen Verzögerung für den Kläger nur das Recht auf Bezahlung des Kaufgeldes, resp. sammt Zinsen, sowie auf Restituirung der erweislichen Schäden, nicht aber an sich ein Anspruch auf Ersatz des Schadens in dem Betrage der zwischen dem contractgemäßen Preise und dem Tagescourse am Abnahmetermine bestandenen Differenz zustehen konnte, so war es Aufgabe des Klägers, wollte er über den Kaufpreis sammt Zinsen noch eine besondere Entschädigung zugesprochen erhalten, dieselbe als eine Folge der mora des Beklagten sowie der Höhe nach näher zu begründen, z. B. daß er zur Erhaltung oder Aufbewahrung des Verkaufsobjectes einen besonderen Aufwand gehabt oder sonst in Folge der Seiten Beklagtens nicht bewirkten Abnahme der Actien an seinem Vermögen einen Verlust erlitten habe.

Von alle dem enthält aber die Klage nichts; und man hatte deshalb der ersten Instanz beizustimmen, wenn sie diese Klage, soweit sie auf den Lieferungsvertrag und auf den Weiterverkauf basirt worden, für zu Recht beständig nicht angesehen hat. Wenn hierbei die erste Instanz unterlassen hat, in dem dispositiven Theile des Erkenntnisses die direct ausgesprochene Abweisung der Klage wegen der auf die Zeit vor angestellter Klage geforderten Verzugszinsen auch auf

den den ersten Klaggrund umfassenden Theil der Klage zu richten, so ist zu Vermeidung etwaiger Mißverständnisse dies in dem jetzigen Erkenntnisse noch besonders hervorgehoben worden.

Die Abweisung der Klage beim ersten Klagepunkte mußte aber auch die Abweisung des Anspruchs auf Verzugszinsen auf die Zeit vor erhobener Klage zur Folge haben, da nunmehr nur noch der zweite Klagpunkt:

> daß Beklagter einige Tage nach dem 25. Mai 1848 gegen Klägern die gedachte Coursdifferenz nicht nur für richtig anerkannt, sondern ihm auch solche baar zu vergüten ausdrücklich versprochen habe,

in Frage kommt, und nach dessen Inhalt Verzugszinsen nur erst von der mittelst der Klagerhebung erfolgten Interpellation gefordert werden können.

Dagegen war in diesem Anführen selbst ein schlüssiger Klaggrund zu erblicken, und die Meinung, daß es sich hierbei um das Anerkenntniß einer obligatio jure reprobata handele, für unbegründet zu erachten; denn es wird nicht nur in der Klage ausdrücklich auf ein zwischen den Parteien vereinbartes reelles Kaufsgeschäft, dem zufolge Kläger gegen Bezahlung des Kaufpreises Seiten Beklagtens die Verbindlichkeit der wirklichen Ablieferung der Actien gehabt, Bezug genommen, sondern es ist auch in dem gedachten Zahlungsversprechen, welches zugleich die Ratihabition des vom Verkäufer eigenmächtig unternommenen Verkaufes der Actien enthält, ein neuer Verpflichtungsgrund zu erblicken.

Die vorgeschützte Exception der Stornirung des Geschäfts endlich konnte nicht weiter in Betracht kommen, weil sie ihrem Inhalte nach und mit Rücksicht auf die Zeit der angeblichen Vereinbarung nur gegen den ersten Klaggrund, welcher der Schlüssigkeit entbehrt, gerichtet sein kann."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Oppenheimer gegen Hartung, vom Monat November 1855.) L.

49.

Der Civilproceß ist wegen der quaestio falsi nur dann zu sistiren, wenn ausreichende Verdachtsgründe vorliegen.

„Das Oberappellationsgericht befolgt die Meinung, daß, wenn in einem Civilprocesse die eine Partei gegen die andere wegen Fälschung eines Documents und wegen Betruges denuncirt, auch der Untersuchungsrichter hierauf Untersuchung eingeleitet hat, der Proceßrichter hinsichtlich der Frage: ob die Verdachtsgründe von der Erheblichkeit seien, wie solche die 88. Decision v. J. 1661 voraussetze, zu erwägen und im Verneinungsfalle den Proceß fortgehen zu lassen habe.

Nun sind aber die sub c. gedachten Indizien, ganz abgesehen davon, daß sie zur Zeit nur auf den einseitigen Angaben des Klägers beruhen, nach der Ansicht der jetzigen Instanz nicht so beschaffen, um auf deren Grund den Fortgang des Civilprocesses zu sistiren.

Denn selbst, wenn die auf die Wissenschaft von Zeugen gestellten Thatsachen sich verificiren sollten, ist die Unächtheit der Quittung Nr. 1. noch nicht so ohne Weiteres zu folgern, insofern demohnerachtet die allein maßgebende Unterschrift des Klägers ächt und am 1. Juni 1852 auch eine Zahlung über 1800 Thlr. erfolgt sein kann.

Jedenfalls können diese Thatsachen, wenn sie auch in einer Untersuchung namentlich unter Hinzutritt weiterer Momente dem Beklagten nach Befinden in erhöhter Maße entgegenzutreten vermögen, jetzt, wo sie noch ganz unbestimmt und unbescheinigt vorliegen, nicht den Einfluß äußern, daß darauf die einstweilige Sistirung des Civilprocesses zu verfügen wäre."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen H. gegen D., vom Monat November 1855.) L.

50.

In wiefern ist der Eidesantrag über das factum illationis zuläßig?

„Der Ansicht der vorigen Instanz, daß im gegenwärtigen Falle Alles auf die Thatsache der Illation ankomme, und auf die Art und Weise der Erwerbung der einzelnen Illatenposten um so weniger einzugehen sei, als der Beklagte selbst die Rechtmäßigkeit des Erwerbers auf Seiten der Klägerin gar nicht bezweifelt oder bestritten habe, ist im Allgemeinen beizupflichten, wenn man unter dem facto illationis nicht blos eine Besitzergreifung, sondern den Act versteht, wodurch der Ehemann eine Sache als einen seiner Administration und Nutznießung unterworfenen Bestandtheil des eheweiblichen Vermögens an sich genommen hat. Denn ist das Letztere erwiesen oder eingeräumt, so wird in der Regel der Ehefrau, welche auf Anerkennung oder Zurückgabe ihrer Illaten klagt, ein besonderer Beweis dafür, wie sie die inferirten Gegenstände erworben, nicht anzusinnen sein. Nur muß der obige Satz vom formellen Standpunkte aus dahin beschränkt werden, daß möglicher Weise die Angabe und der Nachweis des Erwerbes auf Seiten der Ehefrau erforderlich werden kann, wenn eine Sache unter Umständen in den Besitz des Ehemannes gelangt ist, welche an und für sich allein noch nicht die Voraussetzung begründen, daß sie in der Eigenschaft eines illati in seine Hände gekommen seien. Auch ist es, wenn das factum der Illation (in der angegebenen umfassenderen Bedeutung) durch den Eidesantrag bewiesen werden soll, nach den über den Gebrauch dieses Beweismittels bestehenden proceßrechtlichen Vorschriften erforderlich, daß die Thatsachen speciell angeführt werden, aus welchen diese Illation hervor-

gehen würde. Der von der vorigen Instanz durchgängig gewählte Ausdruck „eingebracht" kommt in den meisten Fällen auf ein Urtheil über thatsächliche Unterlagen hinaus, welche vielleicht auf Seiten der Parteien und des erkennenden Richters eine ganz verschiedene Beurtheilung erfahren können. Dies zeigt sich gerade im vorliegenden Falle, wenn man die Deduction der Klägerin liest. Sind nun in einer Klage Thatsachen angeführt, welche nach der Meinung des erkennenden Richters die behauptete Illation enthalten, so ist es in allem Betrachte rathsam und angemessen, den Eid unmittelbar auf diese Thatsachen zu richten."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Gacht gegen Gacht, vom Monat November 1855.) L.

51.

Die Zahlung des Wechsels in Folge eines condemnatorischen Bescheides enthält keinen Verzicht auf die wider den Bescheid eingewendete Appellation.

„Beklagter hatte in dem Verhöre gegen die Statthaftigkeit des eingeleiteten wechselmäßigen Verfahrens Einwendungen erhoben, welche in dem Tags darauf, am 30. December 1854, publicirten condemnatorischen Bescheide für unbeachtlich erklärt wurden. Gegen diesen Bescheid wendete Beklagter am 9. Januar 1855 Appellation ein, die er unter dem 23. deff. Mon. ausführlich deducirte. Kläger refutirte und stellte hier die Erklärung an die Spitze,

> daß Beklagter am 12. Januar 1855 ohne irgend einen Vorbehalt seine Wechselschuld an ihn berichtigt und dagegen Wechsel und Proteste zurückerhalten habe, solchergestalt aber es unbegreiflich sei, wie derselbe sich habe verleiten lassen können, seine Appellation fortzustellen, da eine Fortstellung der Klage von seiner, des Klägers, Seite nun nicht mehr denkbar sei.

In dem Erkenntnisse zweiter Instanz ward hierauf nicht nur, daß es bei Klägers Erklärung, vom Beklagten befriedigt worden zu sein, bewendet, sondern auch, daß hierdurch Beklagtens Berufung sich erledige, ausgesprochen, überdies Beklagter in die Kosten des verzögerten Processes verurtheilt.

Gegen dieses Erkenntniß hat nun Beklagter anderweit appellirt und zwar zunächst um deswillen, weil seine Berufung gegen den Bescheid für erledigt erachtet worden sei. Er hat in dieser Hinsicht besonders hervorgehoben:

> daß, wenn er auch Klägers Forderung gedeckt habe, dies theils doch nur in der Absicht, dem ihm drohenden Arreste zu entgehen, theils mit ausdrücklichem Vorbehalte seiner Rechte, namentlich des Rechtes auf Fortstellung und Entscheidung des vorliegenden Processes, woran er, auch abgesehen von

dem Kostenpunkte, ein wesentliches Interesse habe, geschehen sei.

In der That hat man in dieser Beziehung der vorigen Instanz nicht beitreten können. Ein im Wechselprocesse in Anspruch genommener Beklagter muß, sobald ein condemnatorischer Bescheid gegen ihn eröffnet ist, zahlen, wenn er nicht von nun an jeden Augenblick Gefahr laufen will, in Gemäßheit der Vorschriften in §. 46. und 48. des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselproceß vom 7. Juni 1849, der eingewendeten Appellation ungeachtet, in Wechselarrest genommen zu werden. Er leistet also die Zahlung präsumtiv lediglich in der Absicht, der ihm im Zögerungsfalle drohenden Wechselhaft vorzubeugen. Daher kann auch in dieser Zahlung, selbst wenn sie ohne ausdrücklichen Vorbehalt geleistet worden sein sollte, an sich eine Verzichtleistung auf die gegen die Statthaftigkeit des wechselmäßigen Verfahrens vorgebrachten Einwendungen so schlechthin noch nicht gefunden werden, am allerwenigsten dann, wenn, wie hier geschehen ist, der Beklagte erst zahlt, nachdem er gegen den Bescheid appellirt hat, und nach Leistung der Zahlung die Berufung noch fortstellt. Es muß also auch mit einer unter solchen Umständen geleisteten Zahlung der Verlust des durch das eingewandte Rechtsmittel gewahrten Rechtes auf ein anderweites Erkenntniß über die Statthaftigkeit der Klage nicht nothwendig verbunden sein. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde man offenbar die Rechte der Parteien zum Nachtheile des Beklagten sehr ungleich stellen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Handwerk gegen Bendix, vom Monat November 1855.) L.

52.

Zur Erklärung des Art. 41. der allgem. D.-W.-O.*)

„Ueber das Factische der Sache sind die Parteien einig, nicht so über den Rechtspunct, und solchemnach hängt die Entscheidung lediglich von Beantwortung der Frage ab, ob zur Erhaltung des Regresses die Präsentation zur Zahlung schlechterdigs schon an dem im Wechsel bestimmten Verfalltage erfolgen müsse, oder ob dieselbe auch noch innerhalb der im Art. 41. der allgem. deutschen Wechselordnung für die Protesterhebung nachgelassenen Frist rechtzeitig geschehe? Auch die beiden vorigen Instanzen haben diese Frage verschieden beantwortet, die erste in dem Bescheide Bl. — flg. im Sinne und zu Gunsten des Beklagten, des Wechselausstellers, die zweite in dem Urthel im Sinne und zu Gunsten des Klägers als Präsentanten. Es hat daher jene Klägers Suchen in der angebrachten Maße abgewiesen, diese dagegen reformatorisch eine Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen. Dawider hat nun Beklagter appellirt, allein nach nochmaliger reiflicher Erwägung hat das Oberappellationsgericht nur der vorigen Instanz beitreten können.

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856 S. 317 flg.

Nach §. 30. und 32. der allgem. deutschen Wechselordnung tritt die Verfallzeit bei Wechseln, in denen ein bestimmter Zahlungstag bezeichnet ist, an diesem Tage und bei Wechseln, welche mit dem Ablaufe einer bestimmten Sicht nach Dato zahlbar sind, wenn die Frist nach Wochen, Monaten ꝛc. bestimmt ist, an demjenigen Tage der Zahlungswoche oder des Zahlungsmonates ein, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht.

Ferner bestimmt §. 33., daß Respecttage nicht statt finden, und in §. 41. wird die Präsentation zur Zahlung und die rechtzeitige Aufnahme des Protestes als die zur Bewahrung und Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses gegen die Aussteller und die Indossanten erforderliche Solennität bezeichnet, dabei aber gesagt, daß die Erhebung des Protestes am Zahlungstage zulässig sei, spätestens jedoch am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen müsse.

Es liegt auf der Hand, daß, wenn man sich lediglich an die Worte hält, diese letztere Bestimmung mit jener im Artikel 33. nicht ganz im Einklange steht, denn wenn dem Inhaber gestattet wird, auch noch den 1. oder 2. Werktag nach dem Zahlungstage protestiren zu lassen, so werden ihm, da jeder solcher Protest als rechtzeitig aufgenommen angesehen werden soll, in der Wirklichkeit zwei Respect- oder Discretionstage zugestanden. Dieser anscheinende Widerspruch im Gesetze hebt sich jedoch sofort, wenn man annimmt, entweder, daß man in §. 33. die dem Zahlungstage folgenden beiden Werktage, an welchen nach §. 41. der Präsentant noch rechtzeitig protestiren lassen kann, in der Benennung „Respecttage" gar nicht mit begriffen wissen wollen, also hier den Ausdruck „Respecttage" nur in einer beschränkteren Bedeutung gebraucht habe, oder, was noch weit mehr für sich hat, daß Art. 33. die Regel festsetze, §. 41. aber nur eine Ausnahme von dieser Regel zu Gunsten des Inhabers, des Präsentanten, statuire, so daß man in §. 33. noch die Worte sich hinzuzudenken habe:

„insoweit nicht §. 41. zu Gunsten des Inhabers ein Anderes bestimmt."

Wollte man hiergegen einwenden, daß ja in §. 41. zwei Solennitäten, nämlich der Act der Präsentation und der der Protestaufnahme, deutlich durch die Zahlen 1. u. 2. unterschieden seien, und eine Discretion nur hinsichtlich der Protesterhebung gestattet, hiernach also wenigstens in Ansehung der Präsentation die Regel stehen geblieben sei, so hebt sich dieser Einwand durch folgende Erwägungen. Eine ausdrückliche Bestimmung, daß die Präsentation schlechterdings am Verfalltage geschehen müsse, findet sich in der Wechselordnung nirgends; sie konnte aber auch gar nicht in das Gesetz kommen, denn sie würde mit dem darin ausgesprochenen Satze, daß die Aufnahme des Protestes spätestens am 2. Werktage nach dem Zahltage zu erfolgen habe, im auffallendsten, ja in einem unauflösbaren Widerspruche

stehen. Das allein zulässige Mittel zum Nachweise, daß der Inhaber des Papiers — sei dies ein trassirter oder ein domicilirter eigener Wechsel oder eine kaufmännische Anweisung — rechtzeitig zur Zahlung präsentirt, somit diejenige Diligenz, deren Unterlassung oder Versäumniß den Verlust des Regresses nach sich zieht, angewendet habe, ist überall, insbesondere auch nach §. 41. der allgemeinen deutschen Wechselordnung, der Protest. Die Geltung des Protestes als allgemein gültiges Beweismittel beruht aber einzig und allein auf der persönlichen Anwesenheit des Notars bei dem zu bestätigenden Acte und wohl auch auf dessen eigner Betheiligung bei der Vornahme der Präsentation. Der Notar bezeugt nur und kann nur bezeugen, was er selbst gesehen, erlebt und gethan hat, nicht aber etwas, was möglicher Weise einen oder einige Tage vorher ohne seine Zuziehung geschehen ist. Der nach dem Verfalltage aufgenommene Protest kann demnach nicht als Beleg dafür dienen, daß der Inhaber am Verfalltage präsentirt habe, und doch soll der Protest, durch welchen allein die Präsentation und die Nichterlangung der Zahlung darzuthun ist, rechtzeitig erhoben sein, wenn er nur längstens am 2. Werktage nach dem Zahlungstage aufgenommen ist.

Will man nun diese scheinbaren Widersprüche mit den Gesetzen eines vernünftigen Denkens in Einklang bringen, so läßt sich etwas Anderes gar nicht annehmen, als daß die Meinung dahin gegangen ist, der Inhaber könne nicht allein mit der Aufnahme des Protestes, sondern auch mit der Präsentation zur Zahlung bis zum zweiten Werktage nach Ablauf des eigentlichen Verfalls- oder Zahlungstags ohne Präjudiz anstehen.

Wäre ein Zweifel hierunter noch möglich und denkbar, so wird dieser unter allen Umständen durch das bereits VI. — angezogene, über die 33. Sitzung der Leipziger Conferenz aufgenommene Protocoll auf das Vollständigste beseitigt. Inhalts dieses Protocolls nämlich hatte in der gedachten Sitzung der Abgeordnete von Frankfurt bemerkt, nach den gefaßten Beschlüssen sei der Inhaber des Wechsels zwar berechtigt, den Wechsel schon am Zahlungstage präsentiren und im Falle der Nichtzahlung protestiren zu lassen; allein derselbe genüge auch dann seiner Verpflichtung, wenn er den Wechsel nicht am Zahlungstage selbst, sondern erst am folgenden, oder auch am 2. Werktage nach dem Zahlungstage zur Zahlung präsentiren und protestiren lasse; an diese Bemerkung hatte dieser Abgeordnete den Antrag geknüpft, daß zu Beseitigung möglicher Zweifel entweder der §. also:

zur Ausübung des Regresses ꝛc. ist erforderlich,

1) daß der Wechsel am Zahlungstage oder an einem der beiden auf den Zahlungstag folgenden Werktage zur Zahlung präsentirt worden ist, und
2) daß der §. demgemäß gefaßt oder doch zu Protokoll bemerkt werde, daß auch die dermalige Fassung des §., welcher die Worte: „am Zahltage oder an einem der beiden auf den

Zahlungstag folgenden Werktagen" nicht mit enthielt, nur in der angegebenen Weise zu verstehen sei. —

Hierauf war aber von anderer Seite darauf hingewiesen worden, daß, da die Protestlevirung als einzige Beurkundung der geschehenen Präsentation zur Zahlung vorgeschrieben sei, durch die Bestimmung, wonach der Protest nicht allein am Zahlungstage, sondern auch noch an den beiden folgenden Werktagen rechtzeitig geschehen könne, bereits implicite ausgesprochen sei, daß auch die Präsentation zur Zahlung innerhalb dieser Frist rechtzeitig geschehe, die Fassung des §. also der vorgeschlagenen Vervollständigung nicht bedürfe. Dagegen war man, wie es im Protocolle weiter heißt, allseitig damit einverstanden, daß die obige Auslegung des §. als die allein richtige und als dem Wortlaute und der Absicht des Gesetzes entsprechende im Protocolle anerkannt und der zweiten Alternative des Antrags gemäß darin beurkundet werde.

Allerdings kann zugegeben werden, daß bei der endlichen Redaction des Gesetzes, namentlich bei Artikel 33., auf die nurgedachte Auffassung des Sinnes der Bestimmungen in Art. 41., in welchen, wie auch in der 15. Sitzung der Leipziger Conferenz mehrseitig bemerkt worden ist, in der That nur die Zulassung zum Discretionstage zu Gunsten des Inhabers sich erblicken läßt, eine besondere Rücksicht zu nehmen und der dort aufgestellte Satz wenigstens mit einer Modification auszusprechen gewesen wäre; man hat aber, allem Anscheine nach aus Uebersehen, neben der Bestimmung, daß der Protest noch am 2. Werktage nach dem eigentlichen Zahlungstage rechtzeitig aufgenommen werde, den weit früher berathenen §. 33. in der ursprünglichen allgemeinen Fassung stehen gelassen, und nun kann es, so lange nicht die Gesetzgebung selbst mit einer Erläuterung hervortritt, lediglich Sache der doctrinellen Auslegung sein, den in der fraglichen Beziehung hier und da aufgestiegenen Zweifel zu beseitigen. Auf diesem Wege aber ist zu einem andern, als dem vorbemerkten Resultate, nicht zu gelangen.

vrgl. auch Bauers 2. Ausgabe der Allgemeinen deutschen Wechselordnung S. 82 und 90 flg."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Jacob gegen Köhler, vom Monat November 1855.) L.

53.

Das einfache Zahlungsversprechen schließt das Recht der Compensation nicht aus. Ueber die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung bei der negotiorum gestio.

„In der Hauptsache haben sich der Kläger und Mitkläger zunächst darüber beschwert, daß man in voriger Instanz abweichend von

dem ersten Urthel dem Beklagten den Beweis der vorgeschützten „beiden" Compensationsposten an resp. 25 Thlr. und 7 Thlr. auch den specificirten Forderungen gegenüber nachgelassen habe, indem sie behaupten, daß das rücksichtlich dieser Posten in der Klage behauptete und ad pct. l. c. 17. durchweg eingeräumte Zahlungsversprechen die Zulässigkeit der Compensation mit einer damals bereits bestandenen Gegenforderung ausschließe.

Das Königl. Oberappellationsgericht befolgt indessen hierüber dieselbe Ansicht, welche bereits von der vorigen Instanz geltend gemacht worden ist. Da das Recht zur Compensation gleichartiger und fälliger Forderungen an sich keinem Zweifel unterliegt, so könnte ein Zahlungsversprechen des Schuldners, welcher sich im Besitze einer compensabeln Gegenforderung befindet, nur dann einen Grund gegen die Zulässigkeit der Compensation abgeben, wenn darin ein thatsächlicher Verzicht auf das Recht zu compensiren erblickt werden müßte. Dies läßt sich aber nicht im Allgemeinen, sondern nur dann behaupten, wenn ausdrücklich baare Zahlung versprochen wird, und der Wille der Contrahenten, daß baare Zahlung, mit Ausschluß der Gegenrechnung, erfolgen solle, klar zu erkennen ist.

Auf ein solches, bestimmt und ausdrücklich auf baare Zahlung gerichtetes Versprechen haben sich aber Kläger und Mitkläger in ihrer Klage nicht bezogen; denn es ist daselbst nur davon die Rede, daß Beklagter, gelegentlich gerichtlicher Verhandlungen über den Nachlaß seiner Schwester, seine Verbindlichkeit, diesem Nachlasse die dort speciell angegebenen Posten zu „gewähren", und solche „einzuzahlen", zugestanden und daß er dieselben „einzuzahlen" oder „abzuführen" versprochen habe, worin, wie die vorige Instanz richtig bemerkt hat, nur das Anerkenntniß der Richtigkeit der an ihn erhobenen Ansprüche, sowie die Bestimmung des Zeitpunktes, zu welchem die Tilgung dieser Ansprüche erfolgen solle, aber noch keineswegs die verbindliche Erklärung gefunden werden kann, daß die Lösung dieser Schuldverpflichtungen auf keine andere Weise, als durch Baarzahlung, geschehen solle.

Der Beklagte würde also, wenn er die Richtigkeit der obgedachten beiden Forderungen nachweisen könnte, allerdings befugt sein, deren Betrag auch auf die gedachten Posten, bezüglich die eine oder die andere derselben, in Anrechnung zu bringen.

Anlangend die Zinsen, welche der Beklagte von den gedachten 25 Thlrn. beansprucht hat, so ist zwar nach der Meinung des Königl. Oberappellationsgerichts

vrgl. Zeitschrift f. Rechtspflege und Verwaltung Bd. 13. S. 312.

der negotiorum gestor berechtigt, landübliche Zinsen von demjenigen Capitale zu verlangen, welches er zum Besten des dominus negotii aus seinem Vermögen verwendet hat, und es ist zur Begründung dieses Anspruches nicht einmal für erforderlich erachtet worden, daß eine zinsbare Schuld des dominus abgetragen, oder daß der nego-

tiorum gestor ein zinsbares Capital zu diesem Behufe eingezogen oder aufgenommen habe; allein im vorliegenden Falle tritt der Umstand ein, daß im Jahre 1829, wo Beklagter 25 Thlr. als Beitrag seiner inmittelst verstorbenen Schwester zu einer ausgeklagten Schuldsumme bezahlt haben will, derselbe bereits Schuldner seiner Schwester war und daß er nach seiner eignen Angabe die fraglichen 25 Thlr. von deren Erbtheile der 500 Thlr. Conv. Geld praenumerando ausgezahlt hat. Da Letzteres erst bei der Volljährigkeit oder Verheirathung der Empfängerin zahlbar und erst vom 2. October 1831 und zwar zunächst mit 3, vom 2. October 1835 an aber mit 4 vom Hundert zinsbar wurde, so kommt bei jeder Vorausbezahlung eigentlich und wie Beklagter selbst bemerkt, nur noch die Gewährung eines Interusurium in Frage, über dessen Berechnung schicklicher Weise erst bei der Definitivsentenz das Nähere angeordnet werden kann. Obschon man also rücksichtlich dieser Zinsen der Ansicht der vorigen Instanz nicht allenthalben beitreten konnte, so genügte es doch, dies in den gegenwärtigen Entscheidungsgründen zu bemerken, da die in Ansatz gebrachten Zinsen in dem Urthel gar nicht, und bei dem Erkenntnisse ebenfalls nicht in dem Contexte, sondern nur in den Rationen erwähnt worden sind."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Berg gegen Regel, vom Monat November 1855.) L.

54.

Die einem Contracte beigefügte Nebenbestimmung, daß Abänderungen des Contractes, Zusätze oder Nachträge desselben nur dann gelten sollen, wenn sie schriftlich aufgenommen worden sind, ist verbindlich.

„Ist nun hierbei weiter auf den ersten und hauptsächlichen Abweisungsgrund überzugehen, so lautet der angezogene §. 31. folgendermaßen:

> Zusicherungen oder Vereinigungen, welche eine Abänderung dieses Pachtvertrags, Zusätze oder Nachträge desselben betreffen, sollen nur dann gelten, wenn sie schriftlich aufgenommen worden sind. Eine Berufung oder ein Anspruch auf Grund mündlicher Verabredungen und Zusicherungen findet in keinem Falle Statt.

Zwar ist Klägerm insoweit Recht zu geben, daß ein Mensch nicht für immer und in allen möglichen Beziehungen sich des Rechtes, mündliche Verträge zu schließen, mit verbindlichem Erfolge würde begeben können. Allein in Beziehung auf ein gewisses Geschäft und einer gewissen Person gegenüber kann es allerdings geschehen, wie die l. 17. C. de fide instrumentorum (4. 21.) unzweifelhaft nachweiset. Und dieser Fall liegt hier vor. Wenn auch ein Verpachter im Allgemeinen verpflichtet ist, die verpachtete Sache in tauglichem Stande zu übergeben, so können doch besondere Bestimmungen darüber in den

Pachtcontract selbst mit aufgenommen werden, und machen dann einen Bestandtheil desselben aus. Daher sind auch diejenigen Zusicherungen, auf welche die Klage sich bezieht und welche das Pachtverhältniß betreffen, zwar nicht als Abänderungen des Pachtcontractes, aber wohl als Zusatz und Nachtrag zu demselben zu betrachten, und nach der Bestimmung in §. 31. zu beurtheilen. Uebrigens kann die unter den älteren Rechtslehrern mehrfach bestrittene Frage, ob es einer ausdrücklichen Bestimmung, daß ohne Schrift der Vertrag nichts gelten solle, bedürfe, um die l. 17. C. cit. in Anwendung zu bringen, oder ob hierzu schon die erklärte Absicht der Contrahenten ausreiche, einen schriftlichen Vertrag zu errichten, hier ganz bei Seite gestellt bleiben, weil eben der erstere Fall unzweifelhaft vorliegt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Adalbert Hugo H. gegen Albin Bernhard v. K., vom Monat December 1855.) L.

55.

Die Beziehung auf ausländisches Recht ist processualisch als Ausflucht zu behandeln.

„In der Deduction ihrer gegen das Urthel der ersten Instanz eingewandten Appellation haben Beklagte als neuen Beschwerdegrund aufgestellt,

> daß die vorliegende Streitsache nach sächsischen und nicht nach preußischen Gesetzen beurtheilt worden ist.

Sie meinen nämlich, daß hier, wo von beiden Theilen dingliche Rechte an den fraglichen, in Frankfurt a/O. befindlichen Waaren behauptet würden, die lex rei sitae, also das Königl. Preuß. Recht, in Anwendung kommen müsse, welches im Allgemeinen Landrechte Th. I. Tit. 20. §. 80. bestimme, daß der Gläubiger, wenn er zum Besitze des Pfandes rechtlicher Weise gelangt sei, zu Ausantwortung des Pfandes an den Eigenthümer nur gegen Entrichtung dessen, was er dem Schuldner darauf wirklich gegeben, verpflichtet sei, woraus dann folge, daß sie, die Beklagten, welche bona fide in den Besitz jener ihnen verpfändeten Waaren gekommen seien, diese nicht anders als gegen Erlegung der 400 Thlr., die sie darauf geliehen haben wollen, sowie der Zinsen und Lagerspesen an Klägern herauszugeben brauchten, dafern dieser überhaupt sein Eigenthum daran noch beweise.

Nun kann man aber ganz dahin gestellt sein lassen, ob die sogenannten Statuta realia lediglich für Immobilien, oder, wie Beklagte auszuführen gesucht haben, auch für bewegliche Sachen Geltung haben, und ob, wenn man die vorliegende Differenz nach Königlich Preuß. Rechte als der lex rei sitae beurtheilen wollte und könnte, Beklagte zur Herausgabe der Waaren nur gegen Erlangung dessen, was sie darauf vorgeschossen, anzuhalten sein würden, denn schon aus formellen Gründen kann auf dies Alles ein Absehen jetzt nicht weiter gerichtet werden. Die Berufung eines Beklagten auf

ausländisches Recht und seine Behauptung, daß dieses für den concreten Fall zu seinen Gunsten ganz andere Bestimmungen enthalte, als das im Königreiche Sachsen geltende Recht, stellt sich als zerstörliche Ausflucht, als exceptio facti dar, denn daß die Gesetzbung eines auswärtigen Staates in der fraglichen Beziehung besondere, vom inländischen Rechte abweichende Bestimmungen getroffen, ist eine Thatsache. Thatsachen aber müssen, wenn sie Anspruch auf Berücksichtigung erlangen sollen, ausdrücklich angeführt werden und bedürfen in der Regel des besonderen Beweises. Dies gilt namentlich auch von ausländischen Rechten, indem von dem inländischen Richter zwar wohl eine genaue Kenntniß der Gesetze des Inlandes verlangt, ihm aber nicht zugemuthet werden kann, daß er auch mit den etwa einschlagenden Gesetzen des Auslandes vertraut sei. Jede zerstörliche Einrede muß nach sächs. Proceßgesetzen im ersten Verfahren vorgeschützt werden, und sie geht dem Beklagten verloren, wenn er erst später mit derselben hervortritt, dafern nicht etwa die Einrede als neuerfundene erscheint oder dem Beklagten die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Seite steht. Im gegenwärtigen Falle haben die Beklagten im ersten Verfahren auf das Königl. Preuß. Recht mit keinem Worte sich bezogen, vielmehr haben sie nur erst in zweiter Instanz, und zwar auch nur zur Unterstützung ihres gegen den Kostenpunkt gerichteten Gravamens, im Allgemeinen darauf hingewiesen, daß nach preuß. Rechte der bonae fidei possessor nicht verbunden sei, in Fällen der hier vorliegenden Art die von einem Dritten vindicirten Waaren anders als gegen Erstattung des Vorschusses herauszugeben; erst jetzt in dritter Instanz sind sie mit der bestimmten Berufung auf jenes ausländische Recht und mit dem Verlangen, daß solches bei Beurtheilung dieses Rechtsstreites in Anwendung gebracht werde, hervorgetreten. Die hierin liegende Einrede ist nach obigen Grundsätzen und da keiner der gedachten Ausnahmefälle vorliegt, für verspätet und versäumt zu achten, und man hat anzunehmen, daß Beklagte selbst von vorn herein einverstanden gewesen sind, daß diese Rechtssache nur nach dem im Königreiche Sachsen geltenden Rechte zu beurtheilen und zu entscheiden sei."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Christian Gottlob Beyer gegen Johann Samuel Kloß, vom Monat December 1855.) L.

56.

Das Versprechen, Jemandem die vollen Kindesrechte einzuräumen und demselben den Nachlaß nach ganz gleichen Theilen mit den übrigen Kindern zu hinterlassen, ist als Erbvertrag anzusehen. — Ueber das Recht des Ehemannes aus einem solchen seiner Ehefrau gegebenen Versprechen zu klagen.

„Insoweit die vorliegende Klage auf die Aeußerungen der Beklagten gegen Klägern gestützt ist, ist dieselbe auch in voriger Instanz

in der angebrachten Maße unstatthaft erachtet worden, und in dieser Beziehung bedarf solche, da nur Beklagte wider das vorige Erkenntniß Appellation eingewendet haben, keiner weiteren Prüfung. Es kommt vielmehr bei dieser Lage der Sache darauf an, ob das Suchen Klägers, soweit es auf die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde über das im 148.—157. Einl. Punkte enthaltene Versprechen gerichtet, und deshalb auf Beweis gesprochen worden, als schlüssig anzusehen sei.

Nach dem Inhalte des hierauf bezüglichen Vorbringens sollen Beklagte auf Vorhalten des daselbst benannten J., welchen Kläger um seine Vermittelung angegangen, gegen diesen die Zusage,

> „Klägers Braut, Marien Theresen, nicht nur die vollen Kindesrechte einzuräumen, sondern auch jene schon früher zu ihren Gunsten geschehene Zusicherung, daß dieselbe mit den übrigen Kindern der Beklagten in ganz gleiche Theile gehen solle, gleich nach der Hochzeit schriftlich abzugeben, wie Kläger es verlangt,"

gegeben haben, worauf gedachter J. Klägern sofort davon in Kenntniß gesetzt, beide sodann zu Beklagten gegangen seien, und Kläger denselben für ihre Bereitwilligkeit zu Ausgleichung der Differenz gedankt habe, bei welcher Gelegenheit Beklagte jene Zusicherung in Gegenwart J's. dem Kläger gegenüber nochmals wiederholt hätten, die von diesem abermals acceptirt worden sei.

Daß hierin alle wesentlichen Erfordernisse eines Erbvertrags enthalten sind, läßt sich nicht verkennen. Es ward dabei, unter Einwilligung der Contrahenten, angeblich bestimmt, daß Klägers Braut die einen Paciscenten nach deren Tode mit beerben solle, und die Gewährung des derselben zu hinterlassenden Erbtheils durch das Versprechen, daß sie mit den übrigen Kindern der Beklagten in ganz gleiche Theile gehen solle, näher festgesetzt. Zwar ist dieser Vertrag nur mündlich erfolgt, und es hat die künftige Erbin nicht selbst mit concurrirt; allein durch Gerichtsbrauch steht fest, daß Erbverträge auch durch eine mündliche Verabredung, ohne Autorisation des Gerichts, abgeschlossen werden können,

Kind, quaest. forens. Tom. I. qu. 54.

und ebenso gewiß ist es, daß nach heutigem Rechte solche auch zu Gunsten dritter Personen zulässig sind,

Beseler, von Erbverträgen, Th. II. S. 79 flg. 231 flg.

welche jedenfalls dann ein unwiderrufliches Recht daraus erlangen, wenn sie den Vertrag vor dessen Widerruf angenommen haben.

Ist daher besagter Erbvertrag an sich als gültig zu betrachten, und läßt sich eine Unbestimmtheit desselben auch daraus nicht ableiten, daß in solchem der nunmehrigen Ehefrau Klägers ein ganz gleicher Theil mit den übrigen Kindern zugesichert worden, indem dies nicht etwa blos auf die Hoffnung einer künftigen Succession hinweist, sondern unter Ausschließung der testamentarischen Erbfolge die Norm

genügend bezeichnet, nach welcher sie künftig bei dem Nachlasse der Beklagten einzutreten haben werde, so fragt es sich nun weiter, ob Kläger wider dieselben aus jenem Erbvertrage Klage zu erheben befugt erscheint. Auch dies war zu bejahen. Denn haben Beklagte dem Letzteren, unter dessen Acceptation, die Zusicherung ertheilt, welche mit darauf gerichtet gewesen, daß sie gleich nach der Hochzeit schriftlich abgegeben werden solle, so gereicht dieser Theil des Versprechens nicht blos zu Gunsten der nachherigen Ehefrau Klägers, sondern auch insofern zum Vortheile desselben für seine Person, als (in Ermangelung jeder Bezugnahme auf die Qualität des Erbtheils als Receptitiengut) dem Ehemanne das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht an dem Vermögen seiner Ehefrau und ein Erbrecht an deren Nachlasse zusteht, und dem zufolge derselbe insoweit nicht als ein Dritter, sondern als Mitcontrahent zu betrachten war. Daraus ergibt sich aber von selbst, daß Klägern aus dieser ihm gegenüber abgegebenen Zusage, auf deren Erfüllung selbstständig zu klagen, nicht versagt werden kann.

Unter diesen Umständen hat man dem vorigen Erkenntnisse nur beizutreten gehabt, wenn es dem Kläger den Beweis seines gedachten Vorbringens auferlegt hat, und die neuerlich dagegen erhobenen Einwendungen der Beklagten sind nicht geeignet, eine Abänderung dieser Entscheidung herbeizuführen. Dieselben wollen

a.,

zunächst eine Unklarheit der Klage darin erblicken, daß es nach mehrerwähntem Versprechen ungewiß bleibe, ob beide, Beklagter und Mitbeklagte, nur ein Object, den dereinstigen Nachlaß des Ersteren, oder diesen, und den seiner Ehefrau, vor Augen gehabt hätten; allein die hierauf bezüglichen Worte der Klage lassen in ihrer Verbindung die Hinweisung auf den beiderseitigen Nachlaß genügend erkennen.

b.,

Der Umstand ferner, daß dasselbe als ein nochmaliges bezeichnet wird, vermag darum kein Bedenken zu erregen, weil dabei ausdrücklich erwähnt worden, wie es Beklagte wiederholt abgegeben haben sollen, und es daher als ein ganz für sich bestehendes sich darstellt.

c.,

Wenn auch die in der fraglichen Verabredung vorkommende Stelle, der Ehefrau Klägers „die vollen Kindesrechte einzuräumen," einer verschiedenen Deutung unterliegen könnte, so findet solche doch ihre Erklärung in dem unmittelbar darauf Folgenden, daß nämlich dieselbe in ganz gleiche Theile mit den übrigen Kindern der Beklagten gehen solle, und dem erkannten Beweise dieses an sich deutlichen Erbversprechens konnte daher die fol. — enthaltene Ausstellung als entgegenstehend nicht angesehen werden.

d.,

Das Vermögen, welches die Ehefrau dem Ehemanne während der Ehe zubringt, ist in der Regel, und dafern deshalb nicht etwas Anderes bestimmt worden, Paraphernalvermögen, welches dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechte unterliegt. Das dereinstige Erbtheil der Intervenientin würde daher, da der Erbvertrag keine dem zuwiderlaufende Bestimmung enthält, als solches zu betrachten sein, und es ist also dem hierbei wesentlich betheiligten Kläger das Befugniß nicht abzusprechen, die Angabe einer sicherstellenden Erklärung von Beklagten in Gemäßheit ihrer Zusage zu verlangen.

e.,

Ueber die Wirkungen jenes Erbvertrags, namentlich darüber, auf welche Quote des Nachlasses der Beklagten Klägers Ehefrau künftig einmal Anspruch zu machen haben werde, ist nach der dermaligen Lage der Sache und der Beschaffenheit der gegenwärtigen Klage gar nicht zu entscheiden, und das, was Beklagte in Betreff der möglicherweise eintretenden Pflichttheilsverletzung ihrer übrigen Kinder und der unterlassenen Beziehung eines Vormundes derselben eingewendet haben, bedarf demnach keiner weiteren Erörterung, da jedenfalls so viel gewiß ist, daß dadurch die in Frage befangene Verpflichtung der Beklagten, deren Erfüllung Kläger jetzt nur fordert, nicht für beseitigt, und das Suchen Klägers deshalb ohne Weiteres nicht für unschlüssig geachtet werden kann."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Herrmann Julius Grundig gegen Johann Gotthelf Schumann, vom Monat December 1855.)

L.

57.

Die Ausflucht der Compensation ist blos dann ausgeschlossen, wenn die Absicht der Contrahenten, solche auszuschließen, klar vorliegt. — Bedingungen des Rechtes des Ehemannes, auf seine eigene Schuld die seiner Ehefrau zugesagte Mitgift zu compensiren.*)

„Es handelt sich gegenwärtig nur um die von Beklagtem vorgeschützte Ausflucht der Compensation, zu deren Begründung derselbe unter Eidesantrag angeführt hat, daß ihm der Kläger, für den Fall seiner Verheirathung mit dessen Nichte, eine Mitgift von 2000 Thlrn., sowie eine Summe von 500 Thlrn. statt einer vollständigen Sachenausstattung auszuzahlen versprochen habe. Wenn man in dieser Hinsicht die Entscheidung beider vorigen Instanzen abgeändert hat, so beruht dies auf folgenden Gründen.

Zunächst ist in formeller Beziehung zu gedenken, daß in der Aeußerung des Beklagten,

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856 S. 321 flg.

„es könne ihm nicht verdacht werden, wenn er nöthigenfalls von seinem Rechte zur Compensation Gebrauch mache, dafern Kläger dabei beharren sollte, daß er die libellirten 200 Thlr. als Darlehn empfangen habe,"

etwas Anderes nicht gefunden werden kann, als die Erklärung, daß die vorher behauptete Zusage einer Mitgift und eines baaren Ausstattungsquanti schon in dem gegenwärtigen Processe der Forderung des Klägers als Ausflucht der Compensation entgegengesetzt werden solle, wie dies auch daraus ganz deutlich hervorgeht, das sich Beklagter über die Bl. — angeführten Thatsachen des Eidesantrags bedient hat.

Diese Thatsachen sind aber auch ohne die bewirkten Erläuterungen, welche sich nur auf einige nähere Angaben über Zeit und Nebenumstände beschränken, selbst mit Rücksicht auf den gebrauchten Eidesantrag bestimmt und speciell genug vorgebracht, und der angetragene Eid ist eventuell angenommen worden. Auch schließt, wie schon von der vorigen Instanz anerkannt und von dem Oberappellationsgerichte wiederholt ausgesprochen worden ist, das Versprechen, eine Schuld bezahlen zu wollen, die Berechtigung, die schon damals vorhandenen und fälligen Gegenforderungen in Compensation zu bringen, in der Regel nicht, sondern nur dann aus, wenn jenes Versprechen direct und dergestalt auf baare Zahlung gerichtet gewesen, daß die Absicht der Contrahenten, eine Schuldtilgung durch Compensation auszuschließen, daraus deutlich erkennbar wird. Die Frage, auf deren Beantwortung es hauptsächlich ankommt, besteht also darin, ob der Ehemann, mit Rücksicht auf die hier einschlagenden besonderen Verhältnisse, überhaupt berechtigt sei, die ihm zugesagte Mitgift auf seine eigenen Schuldverbindlichkeiten gegen den Promittenten in Gegenrechnung zu bringen?

Der von dem Beklagten an der Spitze seiner Deduction gestellte Satz, daß der Ehemann der wahre Eigenthümer der dos werde, ist in dieser Allgemeinheit weder an sich richtig, noch im gegenwärtigen Falle als durchschlagend zu betrachten. Es kann hier von einer weitern Erörterung der in mannichfacher Hinsicht nicht unbestrittenen Frage abgesehen werden, worin das sogenannte dominium dotis auf Seiten des Ehemannes nach gemeinem Rechte bestanden, und inwiefern derselbe nach letzterem als Eigenthümer der Dotalsachen anzusehen gewesen sei; denn die Rechte, welche in Sachsen der Ehemann an dem Vermögen der Ehefrau hat, entspringen nicht aus den römischen, sondern aus den älteren germanischen Gesetzen. Die unbeschränkte Herrschaft, welche diese dem Manne über die Person und das bewegliche Vermögen der Ehefrau einräumten, sind im Laufe der Zeit immer mehr und wesentlicher beschränkt worden, so daß dermalen nach sächsischem Rechte dem Ehemanne lediglich die Administration und der Nießbrauch des eheweiblichen Vermögens zukommt, während

das Eigenthum an der Substanz des letzteren auch während der Ehe der Ehefrau verbleibt.

Heimbach, in den Abhandlungen von Ortloff rc. Bd. 1. Seite 165.

Inwiefern der Ehemann das Befugniß hat, über baare Gelder und andere vertretbare, an sich zum Substantialvermögen der Ehefrau gehörige Gegenstände willkürlich zu verfügen, steht ihm dasselbe nicht sowohl als Eigenthümer, wie vielmehr als Nutznießer des eheweiblichen Vermögens in seiner Gesammtheit zu, da der Ususfructus an vertretbaren Gegenständen nicht ohne die freie Disposition über deren Substanz ausgeübt werden kann.

Ob nach diesen allgemeinen Grundsätzen der Ehemann auch berechtigt sei, eine der Ehefrau an dritte Personen zuständige Forderung, zumal in solchen Fällen, wo nach der Verordnung vom 7. Juni 1821 zur Vollgültigkeit einer Quittung die Concurrenz der Ehefrau erforderlich ist, zum Behufe der Compensation auf seine Schulden geltend zu machen, erscheint mindestens zweifelhaft, da der Ehemann in Folge seines gesetzlichen Administrations- und Nießbrauchsrechtes immer nicht so ohne Weiteres als der Eigenthümer und Gläubiger dieser Forderungen beurtheilt werden kann. Allein im gegenwärtigen Falle handelt es sich auch gar nicht um eine Forderung dieser Art, sondern um eine Zusage, welche dem Ehemanne noch vor der Ehe und matrimonii causa gegeben worden sein soll. Gegenstand dieser Zusage ist eine baare Geldzahlung, welche mit der — geständigerweise wirklich erfolgten — Verheirathung des Beklagten mit der Pflegetochter und Nichte des Klägers verfallen war und eingeklagt werden konnte; es stehen sich auch objectiv gleichartige, fällige Forderungen einander gegenüber. Alles kommt daher darauf an, ob der Ehemann berechtigt ist, die ihm zugesagte Mitgift und Aussteuer auf Grund der acceptirten Zusage selbstständig einzufordern und einzuklagen, welchenfalls ihm auch das Recht der Compensation zustehen würde.

Nach römischem Rechte ist es mit Grunde nicht zu bezweifeln, daß nur der Ehemann die ihm vom Vater oder einer dritten Person versprochene dos auf Grund des hierüber abgeschlossenen, nach justinianeischem Rechte an keine besondere Form

Vergl. c. 6. C. de dotis prom. 5. 11.

gebundenen Vertrages selbstständig einklagen konnte. Es ist dies nicht allein mit ausdrücklichen Worten in der

const. 5. C. de dotis promissione 5. 11. „Si pater marito tuo stipulanti promiserit dotem, non tibi, sed marito contra soceri successores competit actio,"

gesagt, sondern es geht das Nämliche auch aus vielen anderen Stellen hervor, in welchen überall vorausgesetzt wird, daß dem Ehemanne,

der sich eine dos stipulirt oder versprechen lassen, auch eine Klage auf deren Bezahlung gegen den promissor zustehe,

vergl. c. 1. c. 2. C. cit. titulo;

c. 31. §. 2. C. ib. c. 1. C. de jure dot. 5. 12.

l. 33. l. 41. §. 3. l. 44. D. de jure dot. 23. 3.

Glück, Commentar, Bd. 25. §. 1237. pag. 187.

Unterholzner, Schuldverhältnisse des römischen Rechts, Bd. 2. §. 546. S. 427.

Puchta, Pandecten, §. 415.

Thibaut, System, §. 734.

v. Meyerfeldt, die Lehre von den Schenkungen, Bd. 2. §. 22.

Diese Grundsätze auch gegenwärtig anzuwenden, unterliegt keinem Bedenken. Denn es beruht auch gemeinrechtlich die Klage des Ehemannes nicht auf dem dominio, welches dem Ehemanne nach römischem Rechte an den zur dos bereits gegebenen Gegenständen zugeschrieben wird, sondern auf dem auch ohne alle Form rechtsverbindlichen Vertrage, welcher eben deshalb, weil er ein Forderungsrecht des Mannes an den Promittenten erzeugt, infolge dessen die Auszahlung der zur dos bestimmten Summe nur noch als die Leistung einer Schuld des Promissars an den Promittenten erscheint, schon als eine Bestellung der dos gelten kann.

Sintenis, Civilrecht, Bd. 3. §. 132. S. 18.

Die Regel ist aber auch heut zu Tage noch anerkannt, daß Verträge zunächst nur unter denjenigen Personen gelten, welche dieselben mit einander abgeschlossen und durch welche sie sich gegenseitig oder der eine dem anderen zu einer Leistung verpflichtet haben, sollte auch noch eine dritte Person ein näher oder entfernter liegendes Interesse an deren Erfüllung haben.

Dazu kommt, daß, wenn auch nach sächsischem Rechte der Ehemann nicht als Eigenthümer, sondern nur als Nutznießer und Verwalter des eheweiblichen Vermögens zu betrachten ist, doch eben diese Befugnisse das unbestrittene Recht desselben, die Ausantwortung dieses Vermögens insbesondere, soweit es in baarem Gelde und anderen Fungibilien besteht, zu verlangen begründet. Es bedarf also auch nach sächsischem Rechte der Ehemann, wenn er die ihm versprochene Mitgift einklagen will, hierzu eben so wenig einer Zustimmung der Ehefrau, als zu einer liberirenden Quittung für den Promissar, welcher nur mit dem künftigen Ehemanne contrahirt hat, die Concurrenz der Ehefrau erforderlich werden würde.

Hänsel, Excurse, Th. 1. zu §. 118. und 159.

Carpzov, P. 1. cap. 28. def. 82.

P. 2. cap. 42. def. 18.

Der hieraus sich ergebenden, auf beiden Seiten zulässigen Compensation der zugesagten baaren Mitgift mit einer Schuld des Ehemannes läßt sich aber auch nicht der Einwand entgegensetzen, daß der

Promissor einer Mitgift mit deren Bestellung einen besonderen Zweck verbinde, dessen Erreichung durch die Compensation vereitelt werden würde. Denn die besondere Bestimmung der Mitgift ad ferenda onera matrimonii und das rechtliche Interesse der Frau äußern zwar ihre Wirkungen in Bezug auf den Gebrauch, welchen der Ehemann von der dos zu machen hat, die Verbindlichkeit zur Restitution und die Sicherstellung der Ehefrau, sie beschränkt aber nicht das Recht des Ehemannes, die ihm zugesagte Auszahlung von dem Promittenten zu verlangen, und wenn der Letztere ohne Hinzutritt besonderer Umstände die baare Zahlung an den Ehemann nicht ablehnen darf, obschon diese den Empfänger in den Stand setzt, über die erhaltenen Gelder willkürlich zu verfügen, so kann auch jener besondere Zweck der Mitgift das Recht zur Compensation nicht ausschließen, welche factisch nur darin besteht, daß nach Höhe der einander gegenüberstehenden Forderungen die gegenseitige baare Zahlung unterbleibt und als geschehen zu betrachten ist. Uebrigens wird eine Mitgift überhaupt präsumtiv nicht allein im Interesse der Frau, sondern namentlich auch im Interesse des Mannes bestellt, welchem zunächst die Sorge für den standesmäßigen Unterhalt seines Haushaltes obliegt und dem sie dabei als Beihülfe und Unterstützung dienen soll. Daß dieser Zweck nicht zu realisiren wäre, wenn der Ehemann die ihm zur Mitgift versprochene und ausgezahlte baare Geldsumme ganz oder theilweise zur Deckung eigener Schulden verwendete, läßt sich wenigstens in dieser Allgemeinheit nicht behaupten, da die Compensation eben so wie die baare Zahlung an den Ehemann eine thatsächliche Illation enthält, welche unbedingt die Verbindlichkeit des Ehemannes zur künftigen Restitution begründet und wobei der Ehefrau hinsichtlich der durch Gegenrechnung ausgeglichenen Summe dieselben Rechte und Befugnisse, namentlich auch bezüglich ihrer Sicherstellung zustehen, deren sie gesetzlich in Ansehung ihres auf andere Weise inferirten Vermögens genießt.

Unzweifelhaft ist es ferner, wie schon früher bemerkt wurde, daß, wenn das factische Anführen des Beklagten in Wahrheit beruht, die zugesagte Mitgift und Aussteuer von dem Tage an, wo die Verheirathung des Beklagten mit der Nichte des Klägers stattgefunden hat, fällig und klagbar geworden sei. Die in der c. 31. §. 2. C. de jure dotium enthaltenen, den Ablauf eines biennii betreffenden Vorschriften beziehen sich nicht auf den Zeitpunkt, zu welchem die numeratio dotis gefordert werden kann, sondern nur auf den Zeitpunkt, zu welchem eine Verbindlichkeit zur Bezahlung und beziehentlich Vergütung von Zinsen und Früchten eintreten soll, falls ein bestimmter Termin zur Auszahlung nicht vereinbart worden ist,

Glück, Commentar, l. c. S. 183.

Puchta, Pandecten, §. 415.

Thibaut, System, §. 734.

Nun hat in gegenwärtigem Falle Kläger angeführt, daß er schon im

Jahre 1853 Klägers Nichte geheirathet habe, während die vorliegende Klage erst im Jahre 1854 erhoben worden ist. Dies hat auch der Kläger durchaus nicht bestritten, indem er bemerkt, daß schon seit Monaten eine factische Trennung beider Eheleute bestehe. Da somit wenigstens darüber kein Zweifel obwaltet, daß die Verheirathung des Beklagten mit der Nichte Klägers bei Anstellung der Klage bereits erfolgt gewesen sei, so bedarf es eines genaueren Nachweises über die Zeit dieser Verheirathung nicht, da es schon genügt, wenn nur zur Zeit der Klaganstellung die versprochene Mitgift und Aussteuer gefällig waren. Eine bloße factische Trennung der Ehegatten aber ändert an den Rechten des Ehemannes in Bezug auf das Vermögen der Ehefrau und an der Verpflichtung des Klägers, sein dem Ehemanne gegebenes Versprechen zu erfüllen, nichts.

Die Behauptung, daß Beklagtens Ehefrau eine vollständige Sachenausstattung erhalten habe und daß aus diesem Grunde die als Aequivalent der letzteren zugesicherten 500 Thlr. nicht weiter beansprucht werden könnten, ist vom Kläger nicht aufgestellt worden, erledigt sich aber auch dadurch, daß derselbe das Versprechen selbst geleugnet und den darüber angetragenen Eid acceptirt hat.

Auf die Frage, ob der Kläger Zinsen von der angeblich versprochenen Mitgift und Aussteuer zu fordern berechtigt sein würde, braucht nach dermaliger Sachlage nicht weiter eingegangen zu werden.

Hiernach ist auf den über Beklagtens Exception angetragenen und angenommenen Eid, neben dem Relatum über die Klage, zu erkennen gewesen, und für den künftigen Schwörungstermin noch darauf besonders aufmerksam zu machen, daß, wenn Kläger auch nur soviel zugestehen sollte, daß er dem Beklagten einen, das libellirte Darlehnskapital sammt Zinsen deckenden Betrag als Mitgift oder Aussteuer versprochen habe, jede Eidesleistung sich erledigen würde."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Ludwig Huscher gegen Johann Georg Erler, vom Monat December 1855.) L.

58.

Der Commanditist haftet zwar nicht unmittelbar für die Schulden des Geschäftes, kann aber seine Einlage in das Geschäft erst nach vollständiger Deckung der Geschäftsgläubiger zurückverlangen.*)

„Nun ist aber sowohl Bl. — als in den Bl. — ersichtlichen, die nämliche Frage betreffenden Entscheidungsgründen des Königl. Oberappellationsgerichts ausführlich und in Uebereinstimmung mit den dort bezogenen Autoritäten nachgewiesen worden, daß der Commanditist zwar nicht unmittelbar für die Schulden des Geschäftes zu haften braucht, wenn er dieselben nicht persönlich mit contrahirt hat, daß aber auch andererseits das zur Vermehrung des Geschäftsfonds von ihm hergegebene Capital als ein Bestandtheil des zur Befriedigung

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856 S. 201 flg.

der Societätsgläubiger zu verwendenden Gesellschaftsvermögens angesehen werden muß, woraus folgt, daß der Commanditist seine Einlage den Geschäftsgläubigern gegenüber nicht früher, als wenn diese vollständig gedeckt werden, zurückverlangen kann. Hierbei kommt auch darauf etwas nicht an, ob der betreffende Gläubiger die Existenz einer société en commandite bei der Entstehung seines Forderungsrechtes gekannt hat, oder nicht; denn die société en commandite ist nicht dazu bestimmt, daß sie dem commerziellen Publikum bekannt werde, und der Grund, weshalb auch den Geschäftsgläubigern gegenüber, welchen jenes Verhältniß unbekannt gewesen, die Einlage des Commanditisten vor der Befriedigung dieser Creditoren nicht zurückverlangt werden kann, besteht darin, daß durch seine Einlage der Fonds, der Umtrieb und der Credit des Geschäftes vermehrt worden ist; und es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher mit seiner Betheiligung am Geschäfte durch Vermehrung des Fonds unter allen Umständen Theil am Gewinne haben will, auch eintretenden Falles die Verluste mit tragen muß.

Dieses Verhältniß wird im vorliegenden Falle auch dadurch nicht geändert, daß sich der Appellant wegen seiner Einlage sammt dem ihm zugesicherten Zinsenbetrage eine Hypothek an den Grundstücken der Geschäftsinhaber hat bestellen lassen. Denn die Hypothek kann, als das bloß Accessorische, die rechtliche Qualität des Hauptvertrages, bei dem sie bestellt worden ist, nicht aufheben, und am wenigsten konnte sich der Liquidant durch diese Hypothekenbestellung den Verpflichtungen entziehen, welche ihn als stillen Gesellschafter den Rechten nach treffen, ohne gleichzeitig die Vortheile aufzugeben, welche er durch Eingehung dieser Societät zu erreichen suchte. Wären die verpfändeten Grundstücke nicht zu dem Gesellschaftsvermögen und den gesellschaftlichen Fonds, sondern zu dem Separatvermögen der Gebrüder E. gehörig, dann würde allerdings die Frage entstehen, ob nicht der Liquidant M. seine Befriedigung aus dem Erlöse der ihm verpfändeten Grundstücke, wie jeder andere Hypothekarier, zu beanspruchen und nur aus dem Gesellschaftsvermögen nicht eher, als nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger etwas zu verlangen berechtigt gewesen sei? Allein daß die ihm verpfändeten Grundstücke von dem gesellschaftlichen Fonds ausgeschlossen worden seien, hat der Appellant M. nicht behauptet; es geht auch das Gegentheil hiervon aus §. 2. des Contractes hervor, worin ausdrücklich vereinbart worden ist, daß die sämmtlichen Grundstücke nebst Gebäuden, Maschinen, gangbarem Zeuge, Handwerksgeräthe rc., deren Werth zusammen auf 14000 Thlr. festgesetzt worden, die Geschäftseinlage der Gebrüder E., nach deren Höhe auch ihr Gewinnantheil berechnet werden sollte, vorstellen sollten. Ob unter diesen Verhältnissen dem stillen Gesellschafter überhaupt ein Pfandrecht an diesen Immobilien habe eingeräumt werden können, braucht hier nicht näher untersucht zu werden, da es wenigstens für ihn von keinem Nachtheile ist, wenn diese Hypothek als formell bestehend anerkannt, der Liquidant hiernach locirt und dabei

nur den Gesellschaftsgläubigern gegenüber angeordnet worden ist, daß die auf seine Forderung ausfallende Perceptionsrate zu der Befriedigung dieser Creditoren zunächst verwendet werden solle.

Ebensowenig endlich kann der Liquidant, wie Bl. — geschehen, mit Erfolg einwenden, daß die Liquidanten Bernhardt T.... und Comp. bei Erwerbung der ihnen bestellten Hypothek aus den Grund- und Hypothekenbüchern zu ersehen gehabt hätten, daß bereits wegen seiner Forderung an **8000** Thlrn. ein Pfandrecht an diesen Grundstücken bestehe.

Er kann sich nicht auf das in §. 22. fg. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 anerkannte Princip der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher berufen, weil das Gesetz nirgends vorschreibt, daß der Inhaber einer hypothekarischen Forderung infolge der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher unbedingt verhindert sein solle, die Rechtsbeständigkeit einer anderen Forderung anzufechten, welche zur Zeit seiner Eintragung bereits auf dem Folium verlautbart gewesen ist. Nur dann, wenn der Inhaber dieser anderen Forderung dieselbe im guten Glauben und auf Grund des Hypothekenbuchs erworben hätte, würde sich derselbe mit der Oeffentlichkeit der Bücher schützen können. In diesem Falle befindet sich aber der Liquidant nicht, der sein Pfandrecht durch einen mit den Besitzern des verpfändeten Grundstückes abgeschlossenen Vertrag erworben hat und der den Vertrag, auf welchen er seine Ansprüche stützt, auch gegen sich gelten lassen muß. Daß aber T.... und Comp. durch Annahme hypothekarischer Sicherstellung für eine bereits bestehende, ursprünglich nicht aus einem Darlehn, sondern aus einer fortgesetzten kaufmännischen Geschäftsverbindung herrührende Forderung auf die Berechtigung der Geschäftsgläubiger, zu verlangen, daß vor ihrer Deckung der Commanditist seine Einlage nicht zurück erhalte, verzichtet hätten, läßt sich in keiner Weise, am wenigsten aber dann behaupten, wenn ihnen, wie Liquidant behauptet, von diesem Commanditisten-Verhältnisse gar nichts bekannt gewesen wäre.

Hiernach ist das vorige Erkenntniß in der Hauptsache zu bestätigen gewesen; bei der nicht gerade völlig zweifellosen Lage der Sache erschien es aber billig, auch die Kosten dritter Instanz zu compensiren."

(Urthel des O.-A.-G. in der Gebrüder Eichhorn Schuldenwesen, vom Monat December 1855.) L.

59.

Wenn zu dem Vermögen solidarisch Verpflichteter Concurs eröffnet worden ist, so kann der Gläubiger zwar bei jedem Creditwesen voll liquidiren, er hat sich aber die aus dem einen Schuldenwesen erhaltenen Zahlungen auch gegenüber dem andern Schuldenwesen in Abzug bringen zu lassen.

„Der Gläubiger, welchem eine Forderung gegen mehrere in einem solidarischen Verhältnisse begriffene Schuldner zusteht, ist

berechtigt, bis zu seiner Befriedigung einen jeden derselben auf den vollen Betrag in Anspruch zu nehmen. Denn obwohl die aus der Natur eines solchen Verhältnisses hervorgehende Obligation, welche der Gläubiger in diesem Falle geltend macht, immer eine und dieselbe, und auf dasselbe gerichtet ist, so beruht doch die Verbindlichkeit der Solidarschuldner bei jedem auf einer die Verpflichtung auf das Ganze begründenden selbstständigen Thatsache. Aus dieser Beschaffenheit der Obligation folgt aber, wie in dem in

Treitschke's, Encyclopädie des Wechselrechts, Bd. 2. S. 368.

enthaltenen Erkenntnisse näher ausgeführt worden, ohne Weiteres, daß, wenn die in solcher Maaße gehaltenen Schuldner gleichzeitig oder kurz nach einander in Concurs verfallen sind, dem bis dahin noch unbefriedigten Gläubiger auch unbenommen sein muß, bei jedem dieser Creditwesen seine ganze Forderung zu liquidiren, und deren Location zu verlangen, da der Ausbruch der Creditwesen in Bezug auf die Verpflichtung der ihm solidarisch verbundenen Schuldner etwas nicht ändert, vielmehr sein Befugniß an sich auch nachher noch ebenso ungeschmälert besteht, als es den einzelnen Schuldnern gegenüber hätte geltend gemacht werden können. Daß mithin dem Liquidanten L... das Recht zustand, seinen Anspruch bei dem K...schen Concurse vollständig anzumelden, und derselbe damit, wie in dem Bescheide ausgesprochen worden, unter der darin bemerkten Voraussetzung, ganz in Ansatz kommen mußte, läßt sich nach Maaßgabe der obigen Grundsätze, ohngeachtet dessen, was Bl. — in Betreff des zu dem Vermögen S....s ausgesprochenen Creditwesen angeführt worden, nicht in Zweifel ziehen. Allerdings würde dann, wenn dargethan wäre, daß gedachter Gläubiger aus letzterem Concurse eine Zahlung bereits erlangt hätte, ein anderes Verhältniß insofern herbeigeführt werden, als durch diese Befriedigung zum Theil eine Liberation auch des anderen Solidarschuldners eingetreten wäre, und sich nun der Gläubiger bei Geltendmachung seiner Forderung gegen denselben jene Zahlung anrechnen lassen müßte; allein von den Wirkungen einer solchen kann so lange noch nicht die Rede sein, als sie nicht wirklich schon erfolgt ist, und der Fall, für welchen in dieser Beziehung eine Entscheidung über den diesfallsigen Einfluß bei dem gegenwärtigen Concurse sich erforderlich machte, liegt also zur Zeit noch gar nicht vor. Denn die allgemeine Bezugnahme Liquidantens darauf, daß zu dem Vermögen des Ausstellers S.... in S. bei dem betreffenden Königl. Preuß. Kreisgerichte zu Großstrehlitz ebenfalls ein Creditwesen anhängig geworden sei, und die darauf abgegebene Erklärung des Curator litis, daß er in die Location der fraglichen Forderung, jedoch abzüglich des Betrages, welchen ersterer aus dem S....schen Creditwesen erhalten werde, willige, giebt in Rücksicht auf den nach Befinden erst später zu erwartenden Nachweis einer erhaltenen Zahlung, zumal bei der gänzlichen Unbekanntschaft mit dem Stande dieses letzteren Concurses, zu einer Be-

schränkung des dem Liquidanten zuständigen Rechts, in dem vorliegenden Creditwesen den ganzen Betrag seiner Forderung zu verlangen und damit locirt zu werden, gegenwärtig in keiner Weise geeignete Veranlassung, und vermag daher auch für diesen erst möglichen Eintritt die Nothwendigkeit eines deshalb zu ertheilenden Erkenntnisses ebensowenig zu begründen. Man hat sich daher bewogen gefunden, die im Urthel näher bezeichnete Stelle des Bescheides gänzlich in Wegfall zu bringen, und durch den dafür beigefügten Zusatz die Entscheidung über obige Frage, namentlich auch die Modalität der zu bewirkenden Kürzung, bis dahin offen zu halten, wo eine Zahlung gedachter Art stattgefunden haben, und der Curator bonorum, wie ihm solchenfalls unbenommen ist, mit weiteren Anträgen hervorgetreten sein wird. Nach der dermaligen Lage des K...schen Concurses ist, wie gedacht, Liquidantens Forderung in ihrem ganzen Umfange zu berücksichtigen, und er muß daher auch vollständig damit locirt werden, während über das Rechtsverhältniß, was in dem Falle, wenn derselbe auf diese Forderung aus der S....schen Masse eine Zahlung empfangen sollte, entstehen, und wie dadurch ersteres sich gestalten würde, jetzt noch nicht zu cognosciren ist, unter den gegenwärtigen Umständen es auch nicht erforderlich scheint, durch einen allgemeinen Anhang schon in der Hinsicht Vorsehung zu treffen, daß der Liquidant aus den beiden zu dem Vermögen seiner Solidarschuldner entstandenen Creditwesen nicht mehr, als seine Forderung beträgt, erhalte."

(Urthel des O.-A.-G. in Tobias Keils Schuldenwesen, vom Monat December 1855.) L.

60.

Ueber die Klagbarkeit der Wetten.

„Vor dem Erscheinen des Mandates vom 20. December 1766 erkannte der Gerichtsbrauch die Klagbarkeit einer ehrlichen Wette unbedingt an.

Vrgl. Constit. ined. 42. Carpzov, Const. 19. P. II. def. 18.
So verstatteten auch die Polizeiordnungen vom 23. April 1612 §. 12. und vom 22. Juni 1661 tit. 8.

C. A. I. S. 1473. und 1572.

honestas sponsiones, so extra causam ludi geschehen, oder „ehrliche Wetten" ausdrücklich neben den Verboten anderer Spiele, indem sie jene „an ihren Ort stellten."

Das Mandat vom 20. December 1766 giebt als seinen Gegenstand Hazard- und hohe Spiele, das darüber angestellte Wetten und die Ungültigkeit der Spielschulden in der Aufschrift an, und in der Einleitung die Absicht zu erkennen, den längst verbotenen Hazardspielen auf das Nachdrücklichste zu steuern, dem hohen Spiele in Ansehung der (an sich) nachgelassenen Spiele Einhalt zu thun und die wegen Ungültigkeit der Spielschulden vorhandenen Verordnungen zu

erneuern und zu erläutern. Nachdem nun die Hazardspiele §. 1., die hohen Spiele und (hohen) Wetten §. 3. schlechterdings verboten worden, wird den Spielschulden, die aus an sich erlaubten Spielen herrühren, die obligatio civilis abgesprochen und eine Klage auf deren Bezahlung nicht gestattet.

Daß „ehrliche Wetten" im Sinne des vorerwähnten Gerichtsbrauchs und der gedachten älteren Gesetze der Gesetzgeber in diesem neuen Gesetze in der letzteren Hinsicht den an sich zwar erlaubten, aber eine civilrechtliche Verbindlichkeit nicht begründenden Spielen habe gleichsetzen wollen, ist in den bisher angeführten Stellen und zwar in der Hauptstelle §. 4. nicht einmal angedeutet. Nur die in den späteren §. 5. 6. 7. 10. geschehene Erwähnung der Wetten neben den Spielen, wo von der Ungültigkeit von Urkunden, welche über Spielschulden oder Wetten ausgestellt worden, und dem Proceßverfahren daraus die Rede ist, gaben Veranlassung zu der Ansicht, daß überhaupt aus Wetten nicht geklagt werden könne, eine Ansicht, der jedoch mehrere Rechtslehrer

Berger, Oecon. jur. Lib. III. tit. III. th. 6. no. 3.
Curtius, Handbuch §. 1563.

nicht beipflichten, und welche, da jene älteren Gesetze nicht nur nicht aufgehoben, sondern sogar bestätigt und nur erläutert werden sollten, wenigstens mancher Beschränkung unterworfen ist.

Die Unklagbarkeit der Wetten beschränkt sich nämlich im Wesentlichen auf die Wetten beim Spielen

Polizeiordnung vom 22. Juni 1661 tit. VIII.
Mandat vom 20. December 1766 §. 6.

und auf die den Umständen nach unangemessen hoch erscheinenden Wetten,

§. 3. desselben Mandats,
Guenther, Dissert. de sponsionibus earumque jure, 1847 quaestio III.

Es hat auch, wenn, wie in dem vorliegenden Falle, die klagbar gemachte Wette als unangemessen hoch erscheint, dies nicht die gänzliche Verwerfung der Klage zur Folge, sondern nur die Wirkung, daß der Richter die verwettete Summe eintretenden Falles zu ermäßigen hat.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, III. Band, p. 492.

Auch steht, wie schon in voriger Instanz mit Recht hervorgehoben worden, der Klage der Umstand nicht entgegen, daß der Kläger für die von ihm vertheidigte Behauptung volle objective Gewißheit gehabt hat, da er zufolge der Klage bei Einl. Punkt 28. 31. 135. und 159. und beziehendlich der vom Beklagten dazu gegebenen Auslassungen vor Abschluß der Wette von diesem Umstande dem Beklagten Mittheilung gemacht, dieser aber gleichwohl der Wette insistirt hat."

dissertat. cit. quaestio II."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Johann Christoph Liebert gegen Carl August Kupfer, vom Monat December 1855.) L.

61.

Ueber die Pertinentialeigenschaft derjenigen Maschinen, deren der Besitzer des Grundstückes zur Zwirn- und Bandfabrication sich bedient hat, ingleichen über die Vertheilung der Licitationsgelder bei der Versteigerung mehrerer Gegenstände mit **einem** Gebote.

„Indem man zunächst auf die Gründe der vorigen Instanz, denen beigepflichtet worden, insbesondere auch, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die darin enthaltene actengemäße Darstellung des Sachverlaufs verweist, hat man zur Widerlegung dessen, was in der Deduction angeführt worden ist, nur Folgendes noch zu bemerken gehabt.

1.,

Wenn eine bewegliche Sache als Pertinenz eines Gebäudes gelten soll, ist im Allgemeinen erforderlich, daß sie in einer Beziehung zu dem Gebäude selbst stehe und deshalb in eine gewisse Verbindung mit demselben gebracht worden sei.

Der mechanische Zusammenhang, welcher zwischen einer beweglichen Sache und einem Gebäude oder dessen einzelnen Bestandtheilen gerade stattfindet, ist schon nach den römischen Rechtsquellen

l. 17. p. D. de. act. emt. vend. XIX. 1.,
l. 21. D. de instr. v. instr. leg. XXXIII. 7.,
l. 19. §. 8. D. de auro, argento, mundo etc., XXXIV. 2.,
l. 242. D. de verb. signif. L. 16.,

nicht das einzige entscheidende Merkmal für die Pertinenzeigenschaft der beweglichen Sache, falls nicht dieser Zusammenhang so beschaffen wäre, daß derselbe nicht ohne eine wesentliche Zerstörung oder Veränderung des Gebäudes oder auch der beweglichen Sache selbst in ihrer Substanz aufgehoben werden könnte. Die bloße Affixion oder Befestigung der beweglichen Sache an eine unbewegliche, bei welcher eine solche Unzertrennlichkeit nicht vorausgesetzt werden kann, begründet weder an und für sich allein die Pertinenzeigenschaft des Mobile, noch wird die Qualität dadurch allein ausgeschlossen, daß eine mechanische Verbindung gar nicht, oder nur zeitweilig besteht.

Funke, die Lehre von den Pertinenzen, §§. 5. flg. §. 9. 10.

Die Beziehung nun, welche zwischen dem Gebäude und der beweglichen Sache vorhanden sein muß, wenn die Pertinenzeigenschaft der ersteren angenommen werden soll, muß darin bestehen, daß die bewegliche Sache ihrer eigenen Beschaffenheit und ihrem Zwecke nach dazu dient, entweder das Gebäude für seine Bestimmung als solches vorzurichten, oder die Brauchbarkeit und Annehmlichkeit desselben zu erhalten und zu erhöhen. Der Zweck der Mobilie, welche mit dem

Gebäude in Verbindung gebracht worden ist, muß sonach ein sachlicher und bleibender, nicht blos ein persönlicher, er muß in dem allgemeinen Verhältnisse des Gebäudes und nicht blos in der persönlichen Eigenschaft eines einzelnen Besitzers begründet sein.

Funke, loco cit. §. 5.

Dieser bleibende Nutzen der beweglichen Sache für die Zwecke, welche das Gebäude seiner natürlichen Beschaffenheit oder sonstigen unzweifelhaften Bestimmung nach hat, wird auch im römischen Rechte als das wesentliche Kennzeichen der Zubehörigkeit dargestellt

vrgl. l. 17. §. 7. D. de act. emt. vend. „Labeo ait: ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii;"

l. 242., §. 4. D. de verbor. signific. „structuram loci alicujus ex tabulis factam, quae aestate tollerentur, et hyeme ponerentur, aedium esse, ait Labeo, quoniam perpetui usus causa paratae essent, neque ad rem pertinere, quod interim tollerentur."

vrgl. auch das in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. VIII. S. 520 abgedruckte Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichts.

Im vorliegenden Falle handelt es sich nur noch um gewisse Maschinen, deren sich der frühere Besitzer des betreffenden Grundstücks zum Behufe der von ihm betriebenen Zwirn- und Bandfabrication bedient hat, und um gewisse, zum Gebrauche dieser Maschinen nöthige Utensilien; denn daß die Bl. — zuletztgedachten 3 Stücke in keinem Falle Zubehörungen eines Grundstückes werden können, bedarf kaum der Erwähnung. Nach der Bl. — ersichtlichen, nicht bestrittenen Beschreibung dieser Maschinen stehen dieselben keinesweges in einem so unzertrennlichen Zusammenhange mit dem Gebäude selbst, daß sie schon aus diesem Grunde als Theile des letzteren selbst anzusehen wären. Sie können aber nach den obigen Grundsätzen auch nicht als bewegliche Zubehörungen des Gebäudes, worin sie aufgestellt waren, betrachtet werden, weil ihnen gerade das characteristische Kennzeichen der Pertinenzen abgeht. Denn es sind nicht solche, welche ad perpetuum aedificii usum, für die Zwecke des Grundstückes dienen, und eben deshalb als Theile eines Ganzen anzusehen sind, sondern solche, welche nur für den persönlichen Bedarf und Geschäftsbetrieb eines einzelnen Besitzers bestimmt wurden; nicht solche, welche dem Grundstücke eine neue Gestaltung, eine besondere und bleibende Bestimmung verleihen sollten; sondern solche, welche den Geschäftsbetrieb des Besitzers fördern sollten und welche zu gleichem Zwecke auch in anderen Localitäten verwendet werden konnten.

vrgl. Funke, loco cit. §. 16.

Hiergegen läßt sich nun auch nicht einwenden, daß, wenn dem Bl. — beschriebenen Treibewerke die Pertinenzqualität beizulegen sei, auch die durch dasselbe getriebenen Maschinen dieselbe Eigenschaft

haben müßten; denn es ist schon gezeigt worden, daß der bloße mechanische Zusammenhang, welcher zwischen einem Mobile und dem Gebäude selbst existirt, noch keinen Beweis für die Pertinenzqualität des ersteren begünde, und dasselbe muß natürlich auch dann gelten, wenn eine bewegliche Sache mit einer anderen als Zubehörung des Grundstückes zu betrachtenden Vorrichtung in eine solche Verbindung gebracht worden ist. Das gedachte Treibwerk konnte allerdings theils nach seinem Zwecke, theils nach seiner Einrichtung und der Art und Weise seiner mechanischen Verbindung mit dem Seitengebäude als ein Bestandtheil des letzteren selbst angesehen werden, wodurch eine neue und besondere Art der Benutzung des Gebäudes als Fabrikgebäude möglich gemacht wurde. Die nur zu dem Betriebe eines bestimmten Gewerbes dienenden, selbstständigen Maschinen aber stehen zu dem am Grundstücke angebrachten treibenden Zeuge nicht in dem Verhältnisse, daß sie als integrirende Theile des letzteren betrachtet werden können, wie sich dies schon daraus ergiebt, daß jede andere Maschine derselben Gattung mit demselben Erfolge in dem Gebäude aufgestellt und das vorhandene Treibwerk zu deren Gebrauche angewendet werden kann, wenn der jeweilige Besitzer einer solchen Maschine für seine persönlichen Zwecke bedurfte.

2.,

Unbegründet ist ferner die Ansicht des Appellanten, daß die Pertinenzeigenschaft der fraglichen Maschinen u. s. w. von dem Gütervertreter und dem Concursgerichte durch das bei der Versteigerung beobachtete Verfahren anerkannt worden sei. Denn eines Theiles würde, wie schon von der vorigen Instanz richtig bemerkt worden ist, die Ansicht, welche das Gericht und der Gütervertreter in dieser Beziehung gehabt haben, den betheiligten Gläubigern in keiner Weise präjudiciren, vielmehr hätte es, wenn sich diese Ansicht als eine irrige erwiesen, einer rechtsverbindlichen Erklärung abseiten der einzelnen, namentlich der chirographarischen Gläubiger bedurft, um die fraglichen Mobilien im vorliegenden Falle als Zubehörungen behandeln zu dürfen. Anderntheils aber weist der Umstand, daß von dem Gütervertreter darauf, daß die Maschinen und Gewerbsutensilien mit dem Grundstücke, worin sie sich befänden, unter einem Gebote versteigert und zugeschlagen werden möchten, angetragen, vom Concursgerichte aber diesem Antrage gefügt und demgemäß an die Grund- und Hypothekenbehörde requirirt worden ist, noch keineswegs auf die demselben von dem Appellanten untergelegte Rechtsansicht hin; denn es hätte eines solchen Antrages nicht bedurft, wenn man der Meinung gewesen wäre, daß die gedachten Gegenstände Zubehörungen des Gebäudes seien. Der Eintrag der gesammten noch rückständigen Licitationsgelder in das Grund- und Hypothekenbuch als solcher, welche für das Grundstück zu entrichten seien, erklärte sich dadurch ganz natürlich, daß dem Ersteher gegenüber die unter einem und demselben Licito zugeschlagenen Mobilien thatsächlich als Zubehörungen des Grundstückes

behandelt worden sind; hieraus folgt aber noch nicht, daß sie das Gericht auch rechtlich den Gläubigern gegenüber habe als solche betrachtet wissen wollen, nicht zu gedenken, daß auch, wenn dies der Fall gewesen wäre, die letzteren an diese Auffassung nicht gebunden sein würden.

Auf die Bl. — angezogenen §§. 92. 93. 109. 112. des Hypothekengesetzes, welche die Rangfolge der Hypothekengläubiger unter sich und die Vertheilung der Erstehungsgelder bei Zwangsversteigerungen in und außerhalb des Concurses betreffen, vermag sich der Appellant gar nicht zu berufen, und es beruht sein Anführen in dieser Hinsicht auf einem offenen Mißverständnisse. Es handelt sich nämlich im vorliegenden Falle nicht darum, in welcher Reihefolge derselbe aus den für die verpfändeten Grundstücke erlangten Licitationsgeldern zu befriedigen, sondern was unter den hier obwaltenden Umständen zu diesen Geldern, also zum Pfanderlös, zu rechnen sei.

Diese Frage kann durch den Eintrag derjenigen Summe, welche der Ersteher noch zu bezahlen hat, und die Fassung, welche diesem Eintrage von dem Gerichte gegeben worden ist, um so weniger entschieden werden, als sich der Appellant nicht einmal in der Lage befindet, auf die Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher zu provociren, von welcher sich im vorliegenden Falle höchstens auf Seiten einer dritten Person, welche diese Erstehungsgelder in gutem Glauben an sich gebracht hätte, ein Gebrauch absehen ließe.

3.

Der Maßstab, nach welchem die für das Grundstück selbst und die darin befindlichen, als dessen Pertinenzen nicht zu betrachtenden Maschinen und sonstigen Geräthschaften erlangte Erstehungssumme der 1129 Thlr. vertheilt worden ist, kann nur gebilligt werden. Ist weder vor, noch nach der Subhastation eine besondere Vereinigung hierüber getroffen und sind besondere Gebote auf das Grundstück und die beweglichen Gegenstände nicht angenommen worden, so bleibt ein anderer Ausweg als die Vertheilung des Gesammterlöses nach den beiderseitigen Taxwerthen gar nicht übrig. Dieselbe hat wenigstens die Voraussetzung für sich, daß die Licitanten bei der Eröffnung ihrer Gebote das Grundstück nebst dem gleichzeitig und ohne Annahme besonderer Gebote versteigerten Mobiliar als ein Ganzes betrachtet und ihre Gebote nach dem Gesammtwerthe beider eingerichtet haben. Jede andere Berechnungsweise würde willkürlich sein und der Appellant selbst hat nicht angegeben, nach welchen anderen, als den jetzt angenommenen Factoren die Berechnung erfolgen solle.

Anlangend aber die Frage, ob man die ortsgerichtliche Taxe der Maschinen und des Treibwerkes als eine legale anzusehen und diese bei der Berechnung zu Grunde legen dürfe, so hat man auch diese Frage mit den vorigen Instanzen zu bejahen gehabt. Abgesehen davon, ob gegenwärtig noch eine Bestimmung des Werthes, welchen die fraglichen Gegenstände zur Zeit ihrer am 6. December 1851 bewirkten Ver-

steigerung gehabt haben, durch eine anderweite Würderung derselben würde erfolgen können; so ist auch der Behauptung des Appellanten, daß der Ortsrichter, welcher die bei der Subhastation angenommene Taxe ausgeworfen hat, hierzu nicht befähigt gewesen sei, gar nicht so ohne Weiteres beizupflichten. Denn Maschinen der hier fraglichen Gattung sind dermalen so allgemein im Gebrauche, daß sich wohl annehmen läßt, es könne auch solchen Personen, welche nicht gerade unter die Techniker gehören, eine ausreichende Kenntniß über den Werth und den Zustand derselben beiwohnen, auch würde man zu der Voraussetzung berechtigt sein, daß die Ortsgerichte, wenn ihnen die nöthige Sachkenntniß gefehlt, der Würderung sich nicht unterzogen haben würden. Dazu kommt, daß Appellant, obwohl er nicht blos als Ersteher, sondern auch als Hypothekengläubiger betheiligt war, dennoch weder vor, noch bei der Subhastation gegen die Richtigkeit jener Taxe eine Ausstellung erhoben und auch gegenwärtig nicht speciell angeführt hat, aus welchen Gründen er diese Taxe für zu hoch erachte. Endlich muß allerdings auch darauf noch ein Gewicht gelegt werden, daß die subhastirende Behörde die Taxen des Grundstückes sowohl als des Mobiliars in die Subhastationspatente mit aufgenommen und darauf verwiesen hat, daß den Licitanten diese Taxen nicht unbekannt geblieben sind, somit aber auch vorauszusetzen ist, daß dieselben, da sie gegen die Richtigkeit dieser Taxen keine Widersprüche erhoben, mit denselben einverstanden gewesen seien und auch bei ihren Geboten darauf reflectirt haben, sowie denn auch Seiten des Gerichtes in der Annahme und Bekanntmachung dieser Taxen wenigstens soviel thatsächlich zu erkennen gegeben worden ist, daß man eintretenden Falles auch bei der Vertheilung des Liciti an selbigen festhalten werde. Nicht unbemerkt will man übrigens lassen, daß die ortsgerichtliche Taxe der Maschinen bei dem als Pertinenz betrachteten Treibwerke zu Gunsten des Appellanten angenommen und hiergegen von demselben kein Einwand erhoben, vielmehr diese Werthsermittelung als eine legale bezeichnet worden ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Johann Gottlieb Heinrich's Creditwesen, vom Monat December 1855.) L.

62.

Die Quittung eines Gläubigers beweist auch dritten Personen gegenüber nicht blos die Zahlung, sondern auch die Person des Zahlenden.

„Soviel die im 58. Gegenbeweisartikel Bl. — Vol. II. angegebenen 800 Thlr. anlangt, so hängt die Entscheidung von Beantwortung der Frage ab, welche Beweiskraft der von dem Beklagten Bl. — d. V. beigebrachten Gegenbeweisurkunde unter D. beizulegen sei. Dieses Document, welches rechtskräftig pro recognito angesehen worden ist, enthält eine Quittung vom 1. Januar 1844,

inhalts deren Carl Gottlieb H... bekannt hat, auf diejenigen 1000 Thlr., welche die Ehefrau des Beklagten zu Weihnachten 1843 an ihn zu bezahlen gehabt habe, von dem Beklagten 800 Thlr. verlagsweise erhalten zu haben. In erster Instanz hat man die Thatsache, daß der Beklagte an den Gläubiger seiner Ehefrau 800 Thlr. und zwar aus eignen Mitteln bezahlt und seine Ehefrau in soweit liberirt habe, durch diese Urkunde für voll bewiesen angesehen, jedoch wegen eines weiter unten zu erwähnenden Momentes dem Beklagten noch einen Eid dahin auferlegt, daß er die Gelder, welche er an H... bezahlt, nicht von seiner Ehefrau zur Aushändigung an H... erhalten habe. Dagegen hat die zweite Instanz der fraglichen Urkunde rücksichtlich der Thatsache, daß der Beklagte die 800 Thlr. für seine Ehefrau verlegt habe, alle und jede Beweiskraft abgesprochen und die Gegenrechnungspost der 800 Thlr. für gänzlich unbewiesen gehalten. In der gegenwärtigen Instanz hat man der Meinung der prima vor der der secunda den Vorzug gegeben und daher das erste Erkenntniß wieder hergestellt, und zwar aus nachstehenden Gründen:

Daß die nunmehr verstorbene Ehefrau des Beklagten dem Carl Gottlieb H... 1000 Thlr. zu Weihnachten 1843 als Kaufgelder für das von dem letzteren gekaufte Gut zu Niederlangenau zu bezahlen gehabt habe, ergiebt sich aus dem Bl. — folg. der beiliegenden Acten sub tit. S. No. 53. befindlichen Kaufe, auf welchen die Kläger in dem 24. Beweisartikel Blt. — Vol. II. sich selbst bezogen haben. Hiernach erledigen sich alle Bedenken, welche gegen die Beweiskraft der H....schen Quittung in sofern gemacht werden könnten, als dadurch allerdings nicht dargethan werden würde, daß H... eine Forderung an die Ehefrau des Beklagten gehabt hätte und es kann nur noch darauf ankommen, ob durch die angegebene Quittung bewiesen werde, daß der Beklagte auf die Schuld seiner Ehefrau 800 Thlr. abschläglich bezahlt und die Gelder dazu aus seinem Vermögen genommen habe. Dieß ist nun aber nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz allerdings der Fall.

So viel die Frage betrifft, in wie weit eine Urkunde auch gegen andere Personen, als den Aussteller und dessen Rechtsnachfolger beweise, so ist im Allgemeinen von dem Principe auszugehen, daß eine Urkunde auch gegen dritte Personen volle Beweiskraft hat, wenn sie ein wahres Geständniß des Ausstellers enthält, und zu dem Ende ausgestellt ist, daß dadurch ein künftig etwa nöthiger Beweis gegen denselben geführt werden solle. Namentlich ist dieß anzunehmen, wenn der Aussteller der Urkunde entweder eine Verpflichtung gegen den Inhaber des Documentes übernimmt, oder die Auflösung eines ihm zuständigen Rechtes zugesteht, oder endlich den Uebergang eines ihm bis dahin zugestandenen persönlichen oder dinglichen Rechtes auf den Inhaber anerkennt. Der Grund hiervon liegt darin, daß der Aussteller des Documentes in den angegebenen Fällen nicht sowohl ein Zeugniß gegen eine andere dritte Person ausstellt, als vielmehr

ein Geständniß ablegt, welches, wenn es wider die Wahrheit verstieß, wenigstens als eine gültige Verfügung über sein eigenes Vermögen aufrecht zu erhalten wäre.

Zunächst ergiebt sich hieraus, daß die von dem Beklagten beigebrachte Quittung die Zahlung der 800 Thlr. auf die Schuld der Ehefrau des Beklagten voll beweist. Weiter läßt sich aber auch bei einem consequenten Durchführen des oben aufgestellten Grundsatzes nicht bezweifeln, daß durch die gedachte Quittung auch die Zahlung der 800 Thlr. durch den Beklagten dargethan wird. Denn hätte der Aussteller der Quittung den Beklagten als denjenigen, von welchem er die Zahlung erhalten, wider die Wahrheit genannt, so hätte er sich dadurch einer Verbindlichkeit ausgesetzt, und da dieß an sich nicht wahrscheinlich ist, so spricht die von demselben ausgestellte Quittung eben so für die darin angegebene Person des Zahlenden, als für die Thatsache der Zahlung selbst. Ist hiernach für bewiesen anzusehen, daß der Beklagte dem Gläubiger seiner Ehefrau 800 Thlr. bezahlt und die letztere in so weit liberirt habe, so liegen alle Bedingungen vor, an welche die Gesetze den Anspruch des negotiorum gestor auf Ersatz des für den dominus negotii bezahlten knüpfen. Die vorige Instanz bestreitet dieß Bl. — Vol. III. aus dem Grunde, weil nicht zugleich dargethan sei, daß der Beklagte die 800 Thlr. verlagsweise für seine Ehefrau, oder, mit anderen Worten, aus eigenen Mitteln bezahlt habe. Insoweit hierbei darauf Bezug genommen wird, daß, wenn in der fraglichen Quittung ausdrücklich gesagt sei, es habe der Beklagte die fragliche Zahlung verlagsweise für seine Ehefrau geleistet, dadurch irgend ein Beweis nicht geführt werden könne, hat man der Meinung der vorigen Instanz beizutreten kein Bedenken getragen. In so weit aber neben der Thatsache der Zahlung durch den Beklagten auch noch der Beweis der Zahlung aus den Mitteln des Beklagten erfordert wird, hat man der Ansicht der vorigen Richter nicht beizupflichten vermocht. Denn daß der Beklagte die Zahlung aus seinem Vermögen geleistet habe, bedarf keines besonderen Beweises, sondern ist bis zum Beweise des Gegentheiles als wahr vorauszusetzen.

Träten in dem gegenwärtigen Falle nicht besondere Umstände hinzu, welche es gewissermaßen wahrscheinlich machten, daß der Beklagte die an den Gläubiger seiner Ehefrau bezahlten Gelder nicht aus seinen Mitteln hergegeben, sondern von seiner Ehefrau zuvor erhalten haben möchte, so würde der Gegenbeweis rücksichtlich der zur Frage stehenden Gegenrechnungspost an 800 Thlrn. für voll geführt zu achten sein. In gegenwärtigem Falle liegen aber dergleichen Umstände allerdings vor. Denn, wie die erste Instanz Bl. — Vol. III. mit Recht bemerkt, spricht gegen die Behauptung des Beklagten, daß seine Ehefrau zu Ende des Jahres 1843 nicht im Stande gewesen sei, die H...sche Schuld an 1000 Thalern zu bezahlen, die

von ihm selbst producirte Gegenbeweisurkunde sub E., zufolge deren die Ehefrau desselben in den letzten Monaten des Jahres 1843 von ihren Parcellenkäufen sogar eine Summe von 1801 Thlr. ausgezahlt erhalten hat. Bringt man dieses Moment weiter damit in Verbindung, daß auch sonst aus den Verhältnissen einige Vermuthung dafür streitet, daß der Beklagte die an H... bezahlten Gelder aus dem Vermögen seiner Ehefrau bezahlt habe, so erscheint es angemessen, zu Erledigung jeden Zweifels in dieser Beziehung, dem Beklagten einen solchen Eid, wie ihn die erste Instanz erkannt hat, aufzuerlegen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Adolph K. gegen Julius St. und Cons., vom Monat Januar 1856.) Z.

63.

Nach heutigem Rechte kann ein Ehemann während der Ehe die Zinsen des eheweiblichen Vermögens seiner Ehefrau überlassen, ohne daß diese Handlungsweise unter den Gesichtspunct einer verbotenen Schenkung fällt. — Wennschon ein Anerkenntniß nach Befinden auch als selbstständiger Klaggrund behandelt und in der Voraussetzung, daß es in Gewißheit gesetzt wird, von einer näheren Prüfung der ursprünglichen Verbindlichkeit abgesehen werden kann, so findet dieß doch nur dann Statt, wenn diese Verbindlichkeit in rechtlicher Hinsicht keinen erheblichen Zweifeln unterworfen ist und blos Verträge oder andere factische Verhältnisse vorliegen, die von der Auslegung, welche die Betheiligten selbst ihnen geben, abhängen, so daß die Ungewißheit, in welcher die richterliche Beurtheilung rücksichtlich ihrer sich befindet, durch das spätere Anerkenntniß sich erledigt.

„Die vorige Instanz hat die Klage, insoweit sie auf das gesetzliche Nießbrauchsrecht Klägers an dem Vermögen seiner verstorbenen Ehegattin an und für sich gestützt ist, lediglich aus dem Grunde abgewiesen, weil dabei nicht zugleich bestimmt angeführt sei, daß Beklagte, als Erbin der Verstorbenen, durch die von dieser während der Ehe gezogenen Nutzungen ihres Vermögens wirklich bereichert worden sei. Wäre dieses der Fall, so ist angenommen worden, daß Kläger diese Nutzungen noch jetzt einklagen könne, weil die von ihm während der Ehe stillschweigend geleistete Verzicht auf dieselben als eine verbotene Schenkung untern Ehegatten zu betrachten sei. Dieser Ansicht würde nach römischem Rechte, insofern es sich um die Zinsen einer eingebrachten Mitgift (dos) handelte, Beifall zu geben sein. Allein auf den vorliegenden Fall kann sie keine Anwendung finden,

1) weil derselbe nach sächsischem Rechte, welches in Hinsicht auf die Vermögensrechte der Ehegatten von dem römischen merklich abweicht, zu beurtheilen ist, und
2) weil darin von einer eingebrachten Mitgift nicht die Rede sein kann.

Zu 1.

Schon in früheren Fällen, insbesondere in dem im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle Jahrg. 1849 S. 42 flg. erwähnten, hat das Oberappellationsgericht in seinen Entscheidungsgründen (S. 50 flg.) ausgeführt, daß nach heutigem Rechte ein Ehemann während der Ehe die Zinsen des eheweiblichen Vermögens seiner Ehegattin wohl überlassen könne, ohne daß diese Handlungsweise unter den Gesichtspunkt einer verbotenen Schenkung falle. Hier bedarf es daher nur einer nochmaligen kurzen Hinweisung auf den wesentlichen Inhalt jener Gründe. Nach römischem Rechte ging die dos in das Vermögen des Ehemannes über.

> l. 7. §. 3. D. de jure dot. Si res in dotem dantur, puto in bonis mariti fieri.
>
> l. 75. D. eod. l. 7. D. de fundo dotali.
>
> l. 21. §. 4. D. ad municipal. Idem respondit, constante matrimonio dotem in bonis mariti esse.
>
> l. 23. C. de jure dot. (5. 12.)

Daher war jede Handlung des Letzteren, wodurch er auf die Substanz oder die Nutzungen der dos verzichtete, als eine Verminderung seines eignen Vermögens anzusehen und, insofern dieß zu Gunsten der Ehefrau geschah, und diese dadurch bereichert wurde, einer wirklichen Schenkung unter Ehegatten gleich zu achten. Nach sächsischem Rechte aber hat der Mann lediglich einen Anspruch auf die Verwaltung und den Nießbrauch des Vermögens seiner Gattin, und wenn er auf die Nutzungen davon ganz oder theilweise verzichtet, ist es keine Hingabe, aus *seinem* Vermögen, sondern nur das Unterlassen einer Erwerbung, welche ihm, sofern er davon Gebrauch machen wollte, frei gestanden haben würde. Ueberdieß ist auch kein ausreichender Grund mehr vorhanden, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten so weit auszudehnen und mit dieser Strenge anzuwenden; denn bei den Römern beruhte es auf dem Herkommen und der Volkssitte, insbesondere weil man fürchtete, daß eigennützige Ehegatten die Zuneigung des Andern zu dem Ende, ihm durch Schenkungen sein Vermögen abzulocken, mißbrauchen, und nach erreichtem Zwecke oder nach fehl geschlagener Hoffnung die Ehe willkürlich wieder aufheben würden.

> l. 1. 2. D. de donat. int. vir. et uxor.

Diese Rücksicht verliert aber heutzutage ihre Geltung, da die

Ehen nicht mehr aus freier Entschließung, sondern nur aus gesetzlich gebilligten Ursachen wieder getrennt werden dürfen.

Zu 2.

Kläger selbst giebt zu, daß das gesammte Vermögen seiner Ehegattin, folglich auch die Staatspapiere, deren Zinsen er nachträglich fordert, nur die Eigenschaft von Paraphernalgut gehabt habe, ferner, daß er jedweder Administration desselben sich enthalten und die Aushändigung der in deposito befindlichen Werthspapiere an seine Ehegattin unter seiner Concurrenz gestattet, sogar bedeutende Zinsbeträge davon, welche an ihn ausgezahlt worden, sofort ihr wieder ausgehändigt und überlassen habe, endlich, daß dieselbe die Coupons ihrer Staatspapiere jederzeit in ihrem Secretär gehabt, und er, Kläger, dieselben nie angerührt habe. Hiernach kann höchstens von einem zugebrachten Vermögen, in keinem Falle aber von einer dos im römischen Sinne, welche eine besondere Bestellung erfordert, unter diesen Ehegatten die Rede sein.

Dagegen hat die zweite Instanz die Klage, insoweit sie auf ein Anerkenntniß gegründet ist, aufrecht erhalten und auf den angetragenen Eid erkannt. Dieses Anerkenntniß ist mit den Worten angeführt:

> Ob nun wohl Beklagte, als Erbnachfolgerin der Ehegattin Klägers, ihre Verbindlichkeit zu Gewährung der oben unter 1—12 aufgeführten Zinsposten wenige Tage nach dem Tode ihrer Erblasserin gegen Klägern ausdrücklich anerkannt u. s. w.

Allein hier fehlt alle nähere Angabe, welche Verhandlungen vorausgegangen seien und in welcher Weise Beklagte sich zu dieser Verbindlichkeit bekannt habe, und es ist bemerkenswerth, daß, wo die Klage von um dieselbe Zeit Statt gehabten Verabredungen über die noch außenstehenden Zinsen und zugleich von den bereits erhobenen spricht, davon nichts erwähnt ist, vielmehr nur am Schlusse bei dem Uebergange zum Klagpetitum, gleichsam beiläufig, das angebliche Anerkenntniß berührt wird. Von diesem ist nun zwar dabei bemerkt, es sei „ausdrücklich" geschehen. Allein diese Bezeichnung kann doch, wenigstens wenn der Eid angetragen ist, nicht unter allen Umständen die Stelle eines speciellen Anführens ersetzen. Und wenn schon ein Anerkenntniß nach Befinden auch als selbstständiger Klaggrund behandelt, und in der Voraussetzung, daß es in Gewißheit gesetzt werde, von einer näheren Prüfung der ursprünglichen Verbindlichkeit abgesehen werden kann, so findet dieß doch nur dann Statt, wenn diese Verbindlichkeit in rechtlicher Hinsicht keinen erheblichen Zweifeln unterworfen ist, und blos Verträge oder andere factische Verhältnisse vorliegen, die von der Auslegung, welche die Betheiligten selbst ihnen geben wollen, abhängen, so daß die Ungewißheit, in welcher die richterliche Beurtheilung rücksichtlich ihrer sich befindet, durch das spätere Anerkenntniß sich erledigt. Gegenwärtig ist aber der Fall ganz anderer Art. Es ist nämlich in der Klage blos auf eine allgemeine Rechtsregel sich bezogen, und dieser gemäß gesagt, Beklagte habe ihre

Verbindlichkeit anerkannt. Hierin liegt kein Zahlungsversprechen, noch eine Genehmigung früherer unverbindlicher Handlungen, sondern lediglich eine Hinweisung auf die gesetzliche Verbindlichkeit, welche nach Klägers Meinung der Beklagten oblag, nach den obenbemerkten besonderen Umständen aber in Wirklichkeit nicht existirte. Demnach könnte das Anerkenntniß nur entweder

a) vergleichsweise und durch gütliche Vereinigung, oder
b) aus einem Rechtsirrthume erfolgt sein.

Zu a.,

Das Erstere ließe sich denken, wenn Beklagte z. B. gesagt hätte: Sie achte sich moralisch für verpflichtet, Klägern die fraglichen Zinsen zu gewähren, abgesehen davon, ob sie rechtlich dazu genöthigt sei, oder: sie thue es aus Rücksichten auf Klägers Person, aus Gründen der Billigkeit, um Weiterungen zu vermeiden u. dgl. m. Von allem dergeichen enthält aber die Klage keine Spur, und es ist damit um so genauer zu nehmen, da Kläger bestimmt versichert hat, diese bereits erhobenen Zinsen seien Gegenstand irgend einer Vergleichsverhandlung zwischen ihm und Beklagter nicht gewesen.

Zu b.,

Wenn dagegen Beklagte aus einem Rechtsirrthume, indem sie glaubte, jene Zinsen noch herauszahlen zu müssen, das Anerkenntniß erklärt hat, so ist dieß nach Lage der Sache ohne Wirkung, weil in einem solchen Falle das Gezahlte zwar nicht zurückgefordert, aber die Leistung, so lange sie nicht wirklich gewährt worden, nicht klagend geltend gemacht werden kann, es wäre denn, daß es sich um eine Bereicherung des im Irrthume befangenen Theiles handelte.

l. 7. und 8. D. de jur. et fact. ignor.

l. 11. und 13. Cod. eod.

Insbesondere gilt dies von Frauenzimmern, welchen ein error juris nicht angerechnet wird.

l. 8. cit. l. 9. D. eod. l. 11. 13. C. cit.

Daß aber das letztgedachte Erforderniß, nämlich eine Bereicherung der Beklagten, in vorliegendem Falle aus der Klage nicht genügend zu ersehen sei, ist bereits in voriger Instanz nachgewiesen worden, und steht gegen Klägern rechtskräftig fest.

Man kann zwar gültiger Weise eine Nichtschuld als Schuld anerkennen, aber nur, wenn es wissentlich und wohlbedächtig geschieht,

l. 53. D. de reg. jur.

und das Anerkenntniß, auch wenn man es aus dem Gesichtspuncte eines constitutum und als Befestigungsmittel einer Verbindlichkeit betrachten will, setzt doch immer voraus, daß eine solche wirklich bestehe.

l. 1. §. ult. l. 3. §. 1. l. 5. §. 2. D. de pecun. constitut.

Aus dem Vorhergehenden leuchtet von selbst ein, daß der Bl. —

angeführte Grund, der klagbar gemachte Anspruch beruhe nicht auf einem verbotenen Rechtsgeschäfte, nicht ausreicht, um die gegen die Schlüssigkeit des Klaganführens vorliegenden Bedenken zu beseitigen.

Demnach war, jedoch wegen Wechsels der Entscheidungen unter Compensation der Unkosten des Rechtsmittels, die Entscheidung erster Instanz wieder herzustellen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen M. S. gegen A. O., vom Monat Januar 1856.) L.

III.

Ueber den Sinn und die wahre Bedeutung der „vitia" quae „ex ipsa re" oriuntur in L. 15. D. locati conducti, XIX, 2.

Vom Herrn **Dr. Bernhard Emminghaus**, vortragendem Rathe im Großherzogl. Staatsministerium, Dep. der Finanzen, in Weimar.

„Si vis tempestatis calamitosae contigerit," — sagt Ulpian (Lib. XXXII. ad Edict.) im §. 2. der obigen Digestenstelle, — „an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, utputa fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat:"

> „si qua tamen vitia" — fährt er dann fort, — „ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse; utputa si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint; sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur: sed et si uredo fructum oleae corruperit, aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse; idemque dicendum si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulerit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit."

Wie nun sind die hier erwähnten „vitia ex ipsa re“ zu verstehen? Sind den Worten und dem Zusammenhange nach vitia des Pachtstückes, oder vitia der darauf erzeugten Früchte darunter zu denken? Wie geeigenschaftet müssen überhaupt diese vitia sein, um sagen zu können, daß der Verpachter sie nicht zu vertreten habe, insbesondere einem Anspruche auf Pachtgelderremiß nicht ausgesetzt sei? — Ueber dieses Alles ist unter den Rechtsgelehrten von jeher Streit gewesen. —

Wahr ist es: — eine allseitige Verständigung darüber wird kaum je erreicht werden. Vor Allem stellt sich schon in der zweifelhaften Interpunction ein schwer zu beseitigendes Hinderniß entgegen. Denn freilich gelangt man bei der Auslegung unseres Textes zu sehr von einander abweichenden Ergebnissen, je nachdem erst nach den Worten: praestare cogatur ein Kolon oder Punktum gesetzt wird, oder schon nach dem Worte: coacuerit. Wer aber würde vermögen, diesen Zweifel mit voller Zuversichtlichkeit zu entscheiden? Weiter gebraucht der Jurist bei der Exemplificirung der vorgetragenen Sätze eine Reihe von Worten, Bezeichnungen und Ausdrücken, deren grammatikale und verbale sowohl, als sachliche Bedeutung untrüglich festzustellen gleichfalls so manche Schwierigkeiten darbietet; es mangelt auch in dieser Hinsicht an einem ganz zuverlässigen Schlüssel.

Sollen indeß — wie dieß eben bei gar vielen, römischrechtlichen Controversen unvermeidlich ist — auch hier Gründe als ausreichend angesehen werden, bei welchen zuletzt eine mehrere oder mindere Probabilität allein den Ausschlag giebt, so will es fast scheinen, als ob neuerdings eine Doctrin immer mehr Boden gewönne, welche den Vorzug, den sie vor einer andern, gleichfalls erst wenige Jahrzehende alten, in Anspruch nimmt, keineswegs verdiene. In der That dürfte diese andere Doctrin nur darum noch nicht zu der ihr gebührenden vollen Geltung gelangt sein, weil, soviel uns bekannt, bis jetzt noch niemand es unternommen, sie näher zu begründen, oder auch nur die Bedenken zu prüfen und zu widerlegen, welche hin und wieder gegen sie angeregt worden sind. — Dieß ist es, was uns veranlaßt, die Aufmerksamkeit auf obige Streitfrage von Neuem hinzulenken.

Viele hatten bekanntlich die vitia quae ex ipsa re oriuntur ganz allgemein für *solche* erklärt, welche aus dem Pachtgrundstücke selbst und dessen fehlerhafter Beschaffenheit hervor-

gehen. So unter den Aeltern, z. B. E. G. Ryssel,[1] Lauterbach,[2] Klaproth,[3] von den Neueren namentlich noch Glück.[4] Diese vitia pflegten dann auch wohl für gleichbedeutend genommen zu werden mit den vitia soli, von welchen in L. 62. D. eod.[5] die Rede ist. — Hier subsumirt jedoch Paulus namentlich die Erdfälle (labes) unter die vitia soli, während Ulpian die labes, und ganz ebenso die terrae motus, ausdrücklich zu den vom Verpachter zu vertretenden vitia rechnet. Folglich kann mit den vitia ex ipsa re und mit den vitia soli unmöglich das Nämliche gemeint sein. — Einfach an den Buchstaben der Textesworte sich anschließend, vermochte jene wörtliche Uebertragung zur Erklärung des Sinnes unsers Textes überhaupt schon deßhalb nichts beizutragen, weil die Lehre vom Pachtgelderremiß es mit den verpachteten Grundstücken und deren Mängeln und Fehlern unmittelbar überall gar nicht zu thun hat. Daß ein locirter Fundus nicht so beschaffen, nicht so geeigenschaftet ist, wie der Pachter, nach der beim Verpachter vorauszusetzenden bona fides und sonst, dieß zu erwarten berechtigt war, kommt nur in Betracht bei der Frage von der Gewährleistungs-, und je nachdem der konkrete Fall dazu angethan ist, bei der Frage von der Schadenersatz-Pflicht des Lokators. Unter Umständen wird auch sie blos zur Herabsetzung oder zum gänzlichen Hinwegfall des Pachtzinses führen können, — wie denn z. B. wer einen Weidefleck verpachtete, wo giftige Kräuter wachsen, deren Genuß dem Viehe des Pachters nachtheilig geworden, ist, wenn ihm die Schaden verursachende Qualität des Pachtstückes bekannt war, das volle Interesse prästiren muß, war sie ihm aber unbekannt, blos das Pachtgeld nicht fordern darf.[6] Das Substrat der Lehre vom

1) In Diss. inaugur. de pensionis ob sterilitatem remissione, Helmst. 1677. §. 24.

2) Collegium Pandectarum theoretico-practicum. P. I. Lib. XIX. tit. 1. §. 83.

3) Von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge u. s. w. 2r. Thl. 3. Ausg. S. 940.

4) Erläuterung der Pand. 17. Thl. §. 1056. S. 449. Not. 33.

5) Labeo Libr. I. Pithanor. „Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: „immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum: si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum."

6) L. 19. §. 1. D. loc. cond. „aliter atque si saltum pascuum locasti,

eigentlichen Pachtgelderremiß hingegen bilden lediglich die auf den Pachtstücken erzeugten verderbten Früchte.

Gewiß mit vollem Rechte hob, nächst Albert,[7] welchem das Verdienst gebührt, den quellenmäßigen rechtlichen Unterschied zwischen der Gewährleistungs- und der Pachtzinsremissions-Pflicht, sowie zwischen der Pachtgelderremission wegen eines casus, der die Substanz des locirten Fundus, und wegen des Zufalls, welcher die darauf anstehenden Früchte trifft, recht bestimmt nachgewiesen zu haben, — Sell[8] dieß hervor. Indem aber Sell in den vitia quae ex ipsa re oriuntur Früchte-Mängel erblickte, die durch Sorgfalt des Pachters hätten verhütet werden können, dem Pachter daher auch nur unter dieser Voraussetzung den Pachtgelderremiß auf dem Grunde unseres Textes versagt wissen wollte,[9] zog er damit allerdings eine Theorie wieder an das Licht, die schon in älterer Zeit zahlreiche Vertheidiger gefunden hatte, ja als die im 16. und 17. Jahrhunderte fast allgemein gangbar gewesene bezeichnet werden darf. Denn noch Gregor Lopez[10] und Gerhardt Noodt[11] hielten sie für die unumstößlich richtige, und auch Voet[12] ist ihr noch zugethan. Inzwischen fand diese Auffassung bei Sell's Zeitgenossen nur geringen Anklang. Bergen konnte man sich nicht, daß, obschon die culpa des Pachters allerdings jede Remission, die ja nur bei einer „vis, cui resisti non potest“ Platz greifen soll, ausschließt, die Worte: „si qua tamen vitia“ bis „damnum domini futurum“ nicht die entfernteste direkte Andeutung von einem solchen Verschulden, welches im Mittel gelegen haben müsse, enthalten.

Im Ganzen genommen theilen sich vielmehr die Rechts-

---

in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur si scisti: si ignorasti, pensionem non petes.“

7) Ueber Remissionsentsagung des Pächters und Verpachtung in Bausch und Bogen ohne Gewähr. Halle 1821. §§. 39 — 47. S. 39 flg.

8) Archiv f. civilist. Praxis Bd. 20. S. 202. S. 204 flg.

9) Ebendas. S. 209 flg.

10) Animadversiones juris cap. XVI. (in Otto, Thesaur. jur. roman. Tom. III. Lugd. Batavor. 1727. p. 466).

11) Commentar. ad L. 15. D. loc. cond. (in Ejusd. Opera omn. Tom. II. Colon. Agripp. 1732. p. 332).

12) Commentar. ad Pandect. Tom. III. Hal. 1778. p. 543.

lehrer, die mit unserer Kontroverse sich beschäftigen, gegenwärtig nur noch in zwei Lager. Die Einen nämlich unterstellen bei den vitia, quae ex ipsa re oriuntur, bald, wie Thibaut,[13] den Fall, wenn die Früchte „gleichsam durch sich selbst verderben," weil bei der Remission „nur das von Außen kommende Unglück in Betracht gezogen werde," bald, wie Roßhirt[14] „ein Mißgeschick, welches nicht in einem Naturereignisse, sondern in dem organischen Wachsthume der Früchte liege," bald, wie besonders Sintenis,[15] welchem dann allerneuest auch R. Jacobi[16] sich angeschlossen hat, „einen Mißwachs oder ein Verderben der Früchte von innen heraus," so daß dabei ein Ausfall oder ein Verderben vorausgesetzt werde, „welches nicht in einer vom Verpachter zu vertretenden fehlerhaften Beschaffenheit des Pachtstückes selbst seinen Ursprung finde," vielmehr, wie Sintenis hinzufügt, „häufig mit juristischer Evidenz unmöglich aufzuklären sei," oder, wie Jacobi sich ausdrückt, „vitia, die aus einer debilitas hervorgehen, für welche der Regel nach kein äußerer Grund sichtbar ist." Die Anderen dagegen, z. B. Mühlenbruch,[17] von Vangerow,[18] Weiske,[19] von Holzschuher[20] verstehen darunter einen schlechten Ertrag der Früchte, von welchem die „eigenthümliche," die natürliche," die „fortdauernde Beschaffenheit," oder die „schlechte Beschaffenheit und Lage" des Pachtfundus die Ursache ist, oder, wie am bezeichnendsten wohl Unterholzner,[21] auf welchen die drei zuletzt Genannten auch vorzugsweise verweisen, sagt: „Frucht-Schäden, welche durch Naturereignisse herbei-

13) in H. Froben, Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Rechts. Ein Commentar zu Thibauts Pandekt.-Recht, Abth. 2. S. 46. unter Ziff. 2.

14) Gemein. deutsch. Civil-Recht, Th. 2. S. 452. unter lit. b.

15) Das Prakt. gemeine Recht, Bd. 2. §. 118. S. 662 — 664, besonders in Not. 74. S. 663.

16) Ueber Remiss. des Pachtzinses nach römisch. und preuß. Recht, Weimar, 1856, S. 29 — 33.

17) Lehrbuch des Pand.-Rechts. Halle 1836. §. 414. Not. 5.

18) Leitfad. z. Pand.-Vorlesung, Bd. 3. §. 641. Anmerk. i. S. 421.

19) im Rechtslexikon Bd. VII. S. 777. besonders Not. 202.

20) Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts, Bd. II. Abth. 2. S. 763 u. S. 766.

21) Lehre des römisch. Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgeg. von Huschke, Bd. 2. §. 501. S. 318. 338 flg. u. S. 339. Not. h.

geführt sind, deren nachtheilige Wirkung in der besonderen Beschaffenheit der verpachteten Sache, des bestimmten Pachtstückes, ihren Grund haben, so, daß sie auch dann noch übrig bleiben, wenn man jene besondere Beschaffenheit des Pachtstückes in Anschlag bringt.“ — Beide Anschauungsweisen unterstellen demnach zwar übereinstimmend einen Ausfall an Früchten, bei welchem dem Lokator so wenig, als dem Conduktor ein Verschulden zur Last fällt, einen Unfall also, der weder für jenen, wegen vertragswidrigen oder überhaupt kulposen Gebahrens, eine Haftpflicht zu Wege bringt, noch diesen seines Remißanspruches ausnahmsweise verlustig gehen läßt. Allein sie weichen wesentlich darin von einander ab, daß die erstere Anschauungsweise Unfälle im Auge hat, welche bei jedem Früchte erzeugenden Grundstücke ohne Unterschied sich sollen ereignen können, die zweite hingegen solche, welche stets durch die Individualität, durch die habituelle specifische Beschaffenheit des einzelnen Pachtfundus bedingt sind.

Mit den Worten: „si qua vitia ex ipsa re oriantur“ an und für sich selbst möchte sich nun der eine wie der andere Gedanke der Hauptsache nach gleich gut haben ausdrücken lassen. Verbunden mit den darauf folgenden: „si vinum coacuerit“ würden sie sogar, wenn die Worte: „si raucis“ etc. wirklich, wie de Amaya,[22] Pothier[23] u. A. annehmen, und wogegen, beiläufig gesagt, sprachlich kaum ein so großes Bedenken obwalten dürfte, wie man dieses wohl hat finden wollen,[24] — einen neuen, mit den Worten „damnum domini futurum“ endigenden Satz beginnen sollten, um so mehr auf ein von der Bodenbeschaffenheit unabhängiges, wenigstens durch diese nicht nothwendig bedingtes, Verderben der Früchte hinzudeuten scheinen, da bei einer Saat, die durch Erdwürmer beschädigt, oder durch Unkraut erstickt worden ist, mit viel geringerem Rechte als vom Weine, der, gleichviel ob am Stocke, oder bereits vom Stocke getrennt, von einem solchen Verderben geredet werden könnte, be-

---

22) Opera juridic. Lib. III. cap. III. §. 27. u. 28. (Lugd. 1667. p. 591).

23) Pandectae Justinian. Tom. II. Paris 1818. p. cit. sub LI. S. auch Kritz, Pandekt.-Recht 1. Th. 2r. Bd. S. 272.

24) Jacobi, a. a. O. S. 31.

deutet aber vinum quod coacuit Wein, der erst, als die Trauben gelesen waren, oder wohl gar erst auf dem Fasse sauer wurde, eine die Säuerung verursachende Einwirkung der eigenthümlichen Bodenqualität des Weinberges, woselbst er gewachsen, dabei kaum würde angenommen werden dürfen.

Inzwischen haben Ulpian und sein Gewährsmann Servius bei dem vinum quod coacuit doch wohl richtiger eine vindemia pendens im Sinne gehabt. Mehr als ein Umstand macht dieß glaubhaft. Einmal kommen bei der Pachtgelderremißfrage überhaupt tadellos erwachsene, erst nach erfolgter Aberntung verdorbene Früchte niemals in Betracht; es ist also nicht wahrscheinlich, daß der Jurist den Lehrsatz, den er hier aufstellte, lediglich mit einem Beispiele belegt habe, welches einem von bereits eingeernteten Früchten gewonnenen Erzeugnisse entnommen worden wäre.[25]. Sodann sollen zwar neuere Erfahrungen[26] der Möglichkeit des Sauerwerdens des Weines am Stocke entschieden widersprechen. Allein begreiflich kann es nicht darauf ankommen, ob frühere Annahmen vom Gegentheile richtig waren oder nicht, sondern nur darauf, ob Servius und Ulpian sich veranlaßt finden durften, der gegentheiligen, wenngleich vielleicht irrigen, Annahme beizupflichten. Römische Weinzüchter müssen aber solch' ein Sauerwerden allerdings für möglich gehalten und nicht eben selten beobachtet haben. Davon giebt, — wenn auch nicht der von Glück[27] citirte Cato, bei welchem wir nichts Einschlägiges gefunden haben, — doch ein anderer bewährter römischer Landwirthschaftskundiger — Columella[28] — deutliches Zeugniß; seine hierher bezügliche Aeuße-

25) Einem abweichenden Ideengange folgt Kritz, welcher S. 271 a. a. O. davon ausgeht: das specielle „si vinum coacuerit," genereller für das Verderben bereits gewonnener Früchte genommen, führe zu der Ueberzeugung, daß der Verlust, der eine vom Boden getrennte Frucht treffe, unbedingt der Pachter über sich ergehen lassen müsse, und dann weiter bemerkt: ein aus der Frucht selbst sich entwickelndes Verderben (vitium ex re ipsa) sei nur denkbar bei fructibus jam perceptis.

26) Vergl. Sell a. a. O. S. 207.

27) a. a. O. S. 449. Not. 33.

28) S. in Lib. XII. de re rustica, cap. 26.: „In quo agro vinum acescere solet, curandum est, ut cum uvam legeris et calcaveris" etc.

rung aber ist um so bemerkenswerther und fällt gerade hier um so mehr in's Gewicht, da sie zugleich nicht undeutlich zu erkennen giebt, daß man das Sauerwerden der Trauben am Stocke der Bodenbeschaffenheit zuzuschreiben geneigt war. Liegt es nun, wie schon gesagt, zugleich näher, daß die durch raucae, — nach Plinius[29] eine Art Würmer, welche nur in den Wurzeln des Eichbaumes sich erzeugen, — sowohl, als die durch gleichfalls meist blos lokal vorkommende herbae angerichteten Beschädigungen an den Saaten und Früchten, statt aus einem, schon seinem Begriffe nach so schwankenden, „innerlichen Verderben," aus der eigenthümlichen Bodenbeschaffenheit des Pachtstückes zu erklären und herzuleiten; so führt damit schon ein keinesweges gering zu achtendes formelles Moment darauf hin, unter „vitium" einen gänzlichen oder theilweisen Ausfall an Früchten, unter der „ipsa res" einen bestimmten locirten Fundus in seiner eigenthümlichen, stabilen Verfassung und durch örtliche Unabänderlichkeit bedingten Lage gedacht, und somit unter den „vitia, quae ex ipsa re oriuntur" ein solches mangelhaftes oder schlechtes Erzeugniß zu begreifen, wie es vermöge der natürlichen Beschaffenheit und örtlichen Verfassung des Pachtstückes nicht auffällig gefunden werden darf, und worauf jeder einsichtige Pachter im Voraus gefaßt sein mußte.

Dazu kommen dann aber noch verschiedene innere, wenn es so zu sagen erlaubt ist, aus der juristischen Logik geschöpfte Gründe, welche die zweite, nicht aber die erste der oben zuletzt erwähnten beiden Theorien als annehmbar erscheinen lassen. — Durch Naturereignisse herbeigeführte Beschädigungen der auf den Pachtstücken anstehenden Früchte müssen, — sollen sie dem Pachter einen rechtlichen Anspruch geben auf Pachtgeldernachlaß, — theils wirklich erhebliche (damnum intolerabile), theils solche sein, welche das Ereigniß als ein ungewöhnliches, außerordentliches (extra ordinem), als eine vis major[30]) kennzeichnen. Wie nun, wenn man mit den Gegnern der uns beifallswürdig scheinenden Doktrin die Möglichkeit des thatsächlichen Zusammen-

29) Historia natural. Lib. XVII cap. XVIII. verb.: „Olea ubi quercus effossa sit, male ponitur, quoniam vermes, qui raucae vocantur, in radice quercus nascuntur et transeunt."

30) L. 25. §. 6. hoc tit.

treffens dieser beiden Erfordernisse bei dem sogen. innerlichen Verderben der Früchte zugiebt, gleichwohl aber keinen Remißanspruch dabei statuirt? Müßte dann nicht die Vorschrift, daß der Pachter, wenn er durch Häherfraß (graculi), Staarenfraß (sturni), oder Heuschreckenfraß (locustae[31]) Schaden erleidet, Anspruch auf Pachtgelderremiß haben, wurden dagegen durch Wurmfraß seine Saaten vernichtet, den Schaden selbst tragen soll, als eine höchst auffallende, weil rein willkürliche sich darstellen? Insoweit würden Die, welche zu Vermeidung einer solchen Inkonsequenz, mit den Worten „si vinum coacuerit" den mit „si qua tamen vitia ex ipsa re causa" beginnenden Satz geschlossen, nach „segetes corruptae sint" ein Semikolon statt eines Punktums gesetzt wissen wollen und mit „si raucis" etc. eine neue Periode beginnen lassen,[32] nicht eben übel fundirt sein. Geht man mit Sintenis und Jacobi davon aus, das sogen. innerliche Verderben sei ein solches, welches sich mit juristischer Evidenz häufig gar nicht genügend erklären lasse, oder wobei in der Regel kein äußerer Anlaß sichtbar sei, so möchten wir fragen: ob denn in allen Beispielen, welche der Jurist für Fälle des Verderbens der Früchte, welches als das Gegentheil von einem innerlichen, also als ein äußerliches bezeichnet werden müßte, anführt, ein äußerer Anlaß erkannt und unwiderleglich nachgewiesen werden möge? So insbesondere beim Rost oder Gewächsbrand (uredo) — den freilich Sintenis,[33] der gesetzlichen Bestimmung zuwider, den Ursachen des innerlichen Verderbens in seinem Sinne beizählt. Wohl wissen die Scriptores Romanorum de re rustica auch über die Entstehung der uredo bereitetste Auskunft zu ertheilen; sie erklären dieselbe aus besonderen Witterungsverhältnissen und Witterungseinflüssen.[33a] Ebenso werden von ihnen gegen den Gewächsbrand so gut, wie gegen die den Saaten und Früchten schädlichen Gewürme[34] den Land-

31) L. 18. C. de locato et conduct. IV. 65.

32) Vergl. die Noten 23. u. 24.

33) a. a. O. S. 662. verb. „z. B. der Brand im Getraide."

33a) S. Plinius, l. l. Lib. XVIII. cap. XXVIII. verb.: „Plerique dixere, rorem inustum sole acri, frugibus rubiginis causam esse, et carbuncusi vitibus. Quod ex parte falsum arbitror, omnemque uredinem frigore tantum constare, sole innoxio."

34) Columella. l. l. II. cap. 9. u. Lib. XI. cap. 3.

bebauern verschiedentliche Schutzmittel an die Hand gegeben.[35] Indeß nicht von den Entstehungsgründen der vitia, auch nicht von den möglichen Schutz- oder Vorbeugungsmitteln gegen dieselben, handelt es sich bei deren beliebter Eintheilung in interna et externa, sondern von der Art und Weise, wie die vitia auf die Saaten und Früchte einwirken; und hiernach läßt sich das Verderben der Saaten durch uredo wohl unstreitig mit ebenso vielem Rechte als ein innerliches bezeichnen, als das durch raucae oder durch herbae herbeigeführte.[36] Uebrigens findet sich statt: raucae hin und wieder[37] die Lesart erucae. Die Richtigkeit dieser Lesart angenommen, würde unter dem innerlichen Verderben auch nicht etwa ein aus subterranen Ursachen zu erklärendes verstanden werden können. Denn erucae sind nach dem Zeugnisse von Plinius[38] Würmer, welche im Laube der Bäume, insbesondere des Oelbaumes, durch feuchte und anhaltende Wärme sich erzeugen.

Eine andere Gestalt gewinnt die Sache, sobald man den Worten: „si qua vitia ex ipsa re oriantur“ den vorhin von uns angedeuteten Sinn unterlegt, also an Mißernten dabei denkt, in welchen der Regel nach etwas Auffälliges oder Außergewöhnliches deßhalb nicht erblickt werden darf, weil sie von Grundstücken herrühren, die schon vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit und Lage nur einen unsichern, mehr als gewöhnlich ungewissen Ernteertrag in Aussicht stellten. Sell[39] meint zwar, Ulpian erwähne neben den besonders hervorgehobenen drei Beispielen von vitia ex ipsa re gleich darauf noch andere, die, obschon sie gleichfalls aus der Lage und Beschaffenheit

---

35) Columella, de cult. hortor. Lib. X. vers. 340 — 345. u. Lib. de arborib. cap. 13. Palladius, de re rustica. Lib. I. tit. 35.

36) „Quae enim differentia potest dari“ — sagt de Amaya, l. l. cap. III. §. 28. — „inter corruptionem segetum provenientem ex raucis aut herbis, an ex uredine, quae etiam corrumpit sicut rauca?“

37) Vergl. Glück, a. a. O. S. 450. Not. 34.

38) Historia natural. Lib. XVII. cap. XXIV. „Sunt ex eadem causa (imbre) nascentes et erucae, dirum animal, erodiuntque frondem, aliae florem, olivarum quoque ut in Mileto — nascitur hoc malum tempore humido et lento.“

39) a. a. O. S. 217.

des Bodens hervorgingen, dennoch für solche erklärt würden, welche geeignet seien, einen Remissionsgrund abzugeben. Damit könnte, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte, unsere Auslegung allerdings in ein zweifelhaftes Licht gestellt werden. Allein zum Beleg für seine Behauptung zieht Sell lediglich die „labes" an, deren der Jurist gleich nach den Worten: „si raucis aut herbis segetes corruptae sint" gedenkt. Sollte nun unter diesem Ausdrucke auch wirklich nicht, wie Cujacius[40] u. A. glauben, eine durch ungewöhnlichen Sturm und Regen herbeigeführte Krankheit der Bäume, sondern, nach Sell's Annahme ganz ebenso wie zuverlässig in L. 62. D. eod. ein Erdfall — chasma — hier verstanden werden müssen; so dürfte doch schwerlich irgend Jemand Erdfälle, so unstreitig sie auch eine eigenthümliche Grundstückslage und Bodenbeschaffenheit supponiren, anderen als den sehr außergewöhnlichen und solchen Naturereignissen beizuzählen geneigt sein, denen, soviel sich im Voraus bemessen läßt, das eine Grundstück so gut, aber auch so wenig als das andere ausgesetzt ist.

Die Römer, scheint es, wollten den Remißanspruch, der überhaupt blos aus der aequitas,[41] nicht aus dem strengen Civilrechte abgeleitet wurde, nicht auf Ernte-Ausfälle ausgedehnt wissen, welche bei der Bemessung des verwilligten Pachtzinsbetrages im Zweifel bereits berücksichtigt worden waren; sie wollten die Regel, daß nur in außerordentlichen Fällen Remiß einzutreten habe, auch nach dieser Richtung hin gewahrt sehen. Auch in anderen Gesetzstellen spricht sich dieß deutlich aus. So im §. 5. unserer L. 15.,[42] nach welchem auf den durch das Alter der auf dem Pachtstücke anstehenden Weinstöcke geursachten geringen Ertrag kein Remißanspruch zu gründen ist; woraus denn zugleich, wenn es nicht schon sonst aus den Gesetzen hervorginge, ersichtlich sein würde, daß die Obliegenheit des Lokators, dem Conduktor für das uti frui licere einzustehen, die Haftpflicht für den

40) Observation. et emendation. Lib. XV. cap. XXVIII. (in Ejusd. oper. Tom. II. Lutet. Paris. 1637. p. 453). Ebenso: Noodt, l. l. pag. 332. und Pothier, l. l. not. 14.

41) Gut nachgewiesen bei Jacobi, a. a. O. S. 22.

42) verb. „novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur."

vollen Früchte-Bezug nicht in sich schließt.[43] Wozu hätte es auch, wäre dem anders, der Einführung einer gesetzlichen Remissionspflicht durch besondere Vorschriften bedurft? Ueberhaupt ist nichts natürlicher, als dieses. Die Ertragsfähigkeit aller zum Landbau bestimmten Grundstücke ist nach Verschiedenheit der Oertlichkeit und Bodenbeschaffenheit, der klimatischen und atmosphärischen Verhältnisse, der mehreren oder minderen Sorgfalt und Einsicht, des mehreren oder minderen Fleißes, die auf die bisherige Behandlung verwendet wurden, an und für sich selbst verschieden. Sache des Pachters ist es, dieselbe, bevor er pachtet, nach Möglichkeit zu erforschen und zu prüfen. Täuschte er sich dabei, so wird er allenfalls wegen einer etwa vorliegenden Verletzung über die Hälfte, nicht aber regelmäßig auch auf das id quod interest, auch nicht auf Pachtgelderremiß klagen können. Die bloße Sterilität des Pachtstückes, möge sie herrühren, woher sie immer wolle, kann so wenig für ein vitium gelten, rücksichtlich dessen der Pachter gesetzlich Gewähr zu leisten hätte, als sie einen gesetzlichen Remissionsgrund abzugeben vermag.[44]

Hiernach dürfte denn auch die altherkömmliche Interpunktion, wie sie oben beim Abdrucke unserer Stelle beibehalten wurde, für die allein richtige zu halten sein, da die davon abweichende, deren wir Erwähnung thaten, den wahren Sinn unseres Textes nur entstellen würde. Es folgt aus dem Gesagten aber auch weiter, daß der ferneren Annahme Sell's,[45] nach welcher, wenn durch nachweisliche außerordentliche und unabwendbare Naturereignisse eine ungewöhnliche Menge von Würmern oder schädlichen Kräutern auf dem Pachtstücke entstanden sein und die Saaten zu Grunde gerichtet haben sollte, — der entgegengesetzten Behauptung Jacobi's[46] ungeachtet, — Pachtgelderremiß ein-

---

43) Jacobi, a. a. O. S. 15.

44) Albert, a. a. O. S. 31. bei lit. a. a. E. — Sintenis, a. a. O. Not. 74. — Wenn dagegen Kritz, a. a. O. S. 272. bei Not. **), aus dem Umstande, daß der Verpachter für die Qualität des Bodens nicht einzustehen hat, und die Kärglichkeit der Production an und für sich keinen Entschädigungsanspruch involvirt, weiter folgert, es könne unter vitia ex ipsa re nur ein Verderben schon percipirter Früchte verstanden werden; so möchte die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung doch ihre Bedenken haben.

45) a. a. O. S. 210. Not. 45.

46) a. a. O. S. 32.

treten müsse, allerdings beizupflichten sei. Dieß jedoch nicht, weil die Deutung, welche Sell unserem Texte giebt, gebilligt werden könnte, sondern weil Ulpian, indem er lehrt, daß vitia, quae ex ipsa re oriuntur keinen Remißanspruch begründen, Pachtstücke unterstellt, bei welchen diese vitia nicht zu den ungewöhnlichen zählen, vielmehr heimisch dort sind, läge dagegen im konkreten Falle das Hereinbrechen eines gleichartigen Uebels in Gestalt einer wirklichen vis major erwiesen vor, die Unterstellung Ulpian's nicht zuträfe, und somit die Anwendbarkeit der allgemeinen gesetzlichen Regel von der Zinsremißpflicht des Lokators bei durch vis major verursachten bedeutenden Früchte-Beschädigungen unbedenklich wäre.

IV.

Zur Geschichte der allgemeinen Städteordnung für das Königreich Sachsen.

Vom Herrn Oberappellationsrath a. D. **Dr. Petschke** in Dresden.

(Fortsetzung von Bd. XIV. N. F. S. 457.)

XIV.

In Folge der im vorigen Abschnitte erwähnten, bezüglich an die Kreis- und Amtshauptleute und von diesen wieder an die Stadträthe und Communrepräsentanten erlassenen Verordnungen und Bescheidungen, war zum Wahlorte aus den mittlern Städten des meißner Kreises, Meißen, des Leipziger Kreises Döbeln, des erzgebirgischen Annaberg, des voigtländischen Kreises Plauen, und für die Oberlausitz Budissin, ferner aus den kleinen Städten des meißner Kreises Radeberg, des leipziger Kreises Waldheim, des erzgebirgischen Buchholz, des voigtländischen Lengefeld, und in der Oberlausitz Pulsnitz ausersehen, wie auch ebendaselbst vorschriftmäßig gewählt worden. Am 15. Juni 1831 legitimirten sich demnach als von den Communrepräsentanten dieser Städte ernannte Deputirte: der Stiftsbaumeister Glück aus Meißen, der Kaufmann Schwabe aus Döbeln, der Bergamtsauditor und Advocat Seelig aus Annaberg, der Advocat Meißner aus Plauen, der Färber- und Mandlermeister Geyer aus Budissin, der Kaufmann Thieme aus Radeberg, der Tuchhändler Pfeil aus Waldheim, der Posamentirer Blüher aus Buchholz, der Kaufmann Rollmann aus Lengefeld und der Färbermeister Kegel aus Pulsnitz, so wie späterhin als Ersatzmänner wegen bei vier dieser Deputirten momentan einge-

tretener Behinderungen: der Gasthofsbesitzer Herbst aus Meißen, der Vorwerksbesitzer Hache aus Radeberg, der Kaufmann Wehner ebendaher und aus Pulsnitz der Kaufmann Wüstner.

Die Verhandlungen mit den genannten Deputirten begannen folgenden Tages, als am 16. Juni, nachdem der Amtsactuar Grille in deren Gegenwart zu Führung des Protocolls verpflichtet worden war, wurden von da an in meist vierstündigen Sitzungen, an allen Wochentagen, zum Theile Vor- und Nachmittags, fortgestellt und am 30. desselben Monats geschlossen.

Sogleich bei Eröffnung der Verhandlungen gab der ernannte Commissar den anwesenden Deputirten, um ihnen die Stellung zu bezeichnen, welche sie weiterhin einzunehmen hätten, zu erkennen: sie wären auf allergnädigsten Befehl Sr. Majestät des Königs und Sr. Königl. Hoheit des Prinzen Mitregenten, berufen, sowohl um über die Hauptzwecke des ihnen zugefertigten Entwurfs einer allgemeinen Städte-Ordnung für Sachsen verständigt zu werden und die ihnen etwa nöthigen Erläuterungen und Aufschlüsse über die darin enthaltenen Vorschriften und deren Bewegungsgründe zu erhalten, als hauptsächlich, um von ihnen nicht nur die in ihren Städten, sondern auch, in soweit sie davon unterrichtet worden, in den übrigen städtischen Communen ihres Kreises vorwaltenden Ansichten, Wünsche und Gutachten in Beziehung auf den gedachten Entwurf zu vernehmen und die nöthigen Berathungen mit ihnen darüber zu pflegen. Sie würden sich bescheiden, daß ihnen, nach der bis jetzt noch in anerkannter Wirksamkeit bestehenden ständischen Landes-Verfassung und ihrer Stellung, ein Recht, ihre Erklärungen über diesen Entwurf der allgemeinen Städte-Ordnung abzugeben und auf Abänderungen desselben anzutragen, gegenwärtig noch nicht zukomme. Auch sei derselbe bereits durch einen Ausschuß der bei dem Landtage versammelten Stände von Land und Städten erwogen und begutachtet worden. Die landesväterliche Absicht Sr. Majestät des Königs und Sr. Königl. Hoheit des Prinzen Mitregenten sei nämlich nicht allein dahin gegangen, die Auslassungen der eben erwähnten, jetzt bei dem Landtage anwesenden Magistratspersonen der landtagsberechtigten Städte zu vernehmen, sondern auch die Stimme der übrigen, nach Lage, Einwohnerzahl und Gewerbe so verschiedenen städtischen Communen des Landes aus

dem Munde redlicher, durch das Zutrauen ihrer Mitbürger ausgezeichneter, mit den Verhältnissen, Bedürfnissen und Wünschen derselben bekannter Männer zu hören. Sie würden bei ihren Auslassungen diesen neuen Beweis allerhöchst landesväterlicher Gesinnungen durch wahren Gemeinsinn und uneigennützige Beachtung der Interessen, nicht nur ihrer Communen, sondern auch des gesammten Vaterlandes zu ehren wissen, und dürften, je mehr sie diesen von ihnen gehegten Erwartungen entsprächen, um so eher die möglichste Berücksichtignng aller ihrer wohl begründeten Bemerkungen und der nach den Umständen ausführbaren Wünsche, welche sie dabei vorbringen möchten, erwarten.

Bei der von dem Commissar hierauf gehaltenen Nachfrage nach den Informationen der versammelten Deputirten erklärten dieselben insgesammt: wie sie schon seit geraumer Zeit mit Exemplaren des Entwurfs der allgemeinen Städte-Ordnung versehen wären und sich sowohl mit dem Inhalte bekannt gemacht, als denselben besprochen und zum Theile auch die darüber in öffentlichen Blättern und Flugschriften erschienenen Bemerkungen gelesen und erwogen hätten.

Der Commissar gab sodann den Versammelten eine kurze historische Uebersicht der Bemühungen, welche in den neueren und neuesten Jahren, sowohl allerhöchsten Orts als von den obern Staatsbehörden auf die Verbesserung des Städtewesens gerichtet worden, und der dabei von Zeit zu Zeit entgegen getretenen Hindernisse.[145] Insbesondere gedachte derselbe der bereits im Jahre **1829** mittelst allerhöchsten Rescripts vom **5.** August an die Landesregierung „zu Eröffnung ihrer Ansichten über die Einführung einer allgemeinen Städteordnung" erlassenen Aufforderung und der eben dahin gerichtet gewesenen ständischen Anträge, so wie der weiteren vorbereitenden Schritte bei dem im Anfange des vorigen Jahres eröffneten Landtage und der zugleich eingetretenen Bedenken; ferner des allerhöchsten Rescripts vom **17.** September **1830**, wodurch „in Betracht des im ganzen Lande wahrgenommenen Wunsches einer Verbesserung der städtischen Verfassung" der Landesregierung aufgegeben worden war: mit thunlichster Beschleunigung die Grundzüge einer allgemeinen Städte-Ordnung abzufassen, und sowohl dessen, was dem zu

145) Siehe den III. und VIII. Abschnitt dieser Blätter.

Folge von Seiten der dazu ernannten Deputation geschehen, als dessen, was hierauf allerhöchsten Orts, besonders in Beziehung auf die Einberufung der Deputirten aus den Communrepräsentanten der verschiedenen Kreise, angeordnet worden, so wie des ihm selbst ertheilten Auftrags, welcher verlesen wurde.

Uebrigens bemerkte, das weitere Verfahren anlangend, derselbe noch: es solle, damit dem eröffneten allerhöchsten Auftrage thunlichst entsprochen, der Zweck ihrer Einberufung um so sicherer erreicht, namentlich ihnen, den Deputirten, wo möglich keine der in dem Entwurfe der allgemeinen Städte-Ordnung, enthaltenen Vorschriften nach Inhalt und Gründen dunkel verbleiben möge und kein Punkt, wobei sie Etwas zu erinnern gesonnen, oder beauftragt worden wären, übersehen werde, wie auch damit sie von diesen Erläuterungen bei der künftigen Abfassung der örtlichen Statuten Gebrauch machen könnten,

1) der vorliegende Entwurf nebst dessen Beilagen, nach Ordnung der §§phen und der darin anzutreffenden Nachweisungen, mit ihnen durchgegangen und, wo es nöthig, erläutert, es sollten ferner

2) die von ihnen dabei vorgebrachten Bemerkungen, gutachtlichen Aeußerungen, Wünsche und Anträge, in so weit sie nicht selbst fänden, daß selbige durch die ertheilten Aufschlüsse beseitigt würden, sofort zu Protocolle genommen und

3) zum Schlusse die Resultate ihrer Ansichten einer nochmaligen Prüfung unterworfen werden.

Letzteres sei, wurde hinzugefügt, ihnen um so nothwendiger, als sie vielleicht im Fortgange der Berathungen die Ueberzeugung erlangen würden, daß manche Erinnerungen oder Zusätze, deren Berücksichtigung oder Aufnahme sie bei den ersten Verhandlungen für unerläßlich erachtet hätten, nunmehr füglich fallen gelassen oder anders abgefaßt werden könnten.

Gleichmäßig und besonders wurde ihnen noch zu Gemüthe geführt, wie sie bei allen ihren Anfragen, Bemerkungen und Anträgen die Hauptzwecke der entworfenen allgemeinen Städteordnung im Auge behalten möchten. Diese aber wären:

I. den Stadtcommunen eine fortdauernd wirksame Theilnahme an der Verwaltung ihres Vermögens und ihrer Gerechtsame zu sichern;

II. dadurch und durch möglichste Oeffentlichkeit den wahren Gemeinsinn in denselben immer mehr zu wecken und zu erhalten, welcher dann auf den Geist der Verwaltung wohlthätig zurückzuwirken nicht verfehlen werde;

III. den Stadträthen eine durch das Vertrauen der Gemeinden befestigte, wahrhaft kräftige Stellung zu geben, und sowohl dadurch, als durch die gesetzlich geregelte Theilnahme der Communrepräsentanten oder Stadtverordneten dieselben in den Stand zu setzen, auf allen Wegen das Wohl ihrer Gemeinden im Sinne des gesammten Staatszwecks und im Einklange mit demselben, zu befördern;

IV. den vorgesetzten Behörden die Ausübung des dem Staate zustehenden Oberaufsichtsrechts auf die zweckmäßigste Weise, ohne ein häufiges und zu sehr in das Einzelne gehendes Einschreiten derselben, möglich zu machen, und

V. alle diese Absichten mit der verhältnißmäßig mindesten Belastung der Gemeinden zu erreichen.

Dahin habe man gelangen wollen, vornehmlich:

1) durch das den Stadtgemeinden ertheilte Recht,
   a) ihre Vertreter und ihre Stadträthe selbst zu wählen,
   b) die gesammte Verwaltung des Communwesens durch die Stadtverordneten zu controliren

und

   c) die Besorgung einzelner Zweige dieser Verwaltung selbst durch Ausschüsse zu übernehmen;

ferner

2) durch die Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung,

3) durch das Auseinanderhalten der Verwaltung und der Aufsichtsführung über dieselbe,

4) durch das Streben nach in jeder Beziehung möglichster Einheit der städtischen inneren Verhältnisse,

5) durch die Begründung wechselnder, von Mitgliedern der Bürgerschaft bekleideter Ehrenämter und

6) durch die Einführung thunlichster Selbstständigkeit und Gleichförmigkeit sämmtlicher Städteverfassungen im ganzen Lande.

Indem sie daher ihre unmaßgebliche Meinungen über die Nützlichkeit der in dem vorliegenden Entwurfe der Städteordnung enthaltenen Vorschriften und die Anwendbarkeit derselben auf alle die verschiedenen Gattungen der Städte des Landes, so-

wie die besondern Wünsche ihrer Gemeinden in Ansehung derselben auszusprechen Veranlassung erhielten, möchten sie die so eben angegebenen Hauptzwecke, welche bei den Berathungen darüber zum Grunde gelegt worden wären, fortwährend berücksichtigen.

Die Deputirten nahmen diese Eröffnungen mit dem Ausdrucke der dankbarsten Gesinnungen für die daraus hervorgehenden allerhöchst landesväterlichen Absichten auf, und gaben, im Fortgange der Berathungen, durch Bemerkungen und Anträge die Wünsche ihrer Mitbürger mit Freimuth, aber auch allenthalben mit Bescheidenheit zu erkennen. Zwar vermochten nicht Alle der Erwartung: daß sie von den Verhältnissen sowohl ihres Orts, als auch der übrigen Städte ihres Bezirks genau unterrichtet sein würden, vollständig zu entsprechen. Es gereichte ihnen jedoch die Kürze des, — seit ihrer Ernennung bis zur Ankunft, — verflossenen Zeitraumes, sowie der Umstand zu einiger Entschuldigung, daß man früher, bei der damals noch aufgeregteren Stimmung im Lande und aus Berücksichtigung der im 55sten §phe des Mandats vom 15. Decbr. vor. Jahres enthaltenen Vorschrift, Bedenken getragen hatte, Zusammenkünfte der Communrepräsentanten aus den größern, mittlern und kleinern Städten jedes Kreises zu veranlassen oder zu genehmigen. Indessen hatten Mehrere derselben dennoch sogenannte Convente gehalten, Andre durch Briefwechsel und Besprechungen das Nöthige in Erfahrung gebracht, Einige auch schriftliche Instructionen zugesendet erhalten, Alle aber, nämlich ein Jeder mit den Communrepräsentanten seiner Stadt, den ihnen zugefertigten Entwurf der allgemeinen Städteordnung s. w. d. anh. sorgfältig durchgegangen. Auch zeigten sich, bei den folgenden Berathungen und Verhandlungen, sämmtliche Deputirte ohne Ausnahme als wohlgesinnte, gemäßigte und mit den Bedürfnissen und Wünschen ihrer Mitbürger vertraute Männer. Darum und da ohnehin, wie im Allgemeinen schon bekannt war, und bei den gehaltenen Vernehmungen sich bestätigte, die Verhältnisse der kleinen Städte im Lande so sehr von einander abwichen, daß beinahe keine darin der andern glich, und es hier nicht sowohl darauf ankam, die Bestimmungen der allgemeinen Städte-Ordnung jeder einzelnen Stadt anzupassen oder die örtlichen Statuten schon zu entwerfen, sondern vielmehr, nur die Anwendbarkeit und Nützlichkeit der in dem Entwurfe enthaltenen

Vorschriften im Allgemeinen zu erörtern beabsichtigt wurde, ließ sich nicht besorgen, daß jener hie und da bemerkbare Mangel speecieller Kenntniß dieser Verhältnisse einzelner Städte einen nachtheiligen Einfluß auf die Resultate der gehaltenen Berathungen haben werde. Endlich fand der Commissar auch im Fortgange der Verhandlungen um so nöthiger, den Entwurf der allgemeinen Städteordnung und die demselben angehängten „vorläufigen Bestimmungen" §ph für §ph mit den Deputirten durchzugehen und denselben über die etwa darin vorkommenden anscheinend dunkeln Stellen die erforderlichen Aufschlüsse, sowie Veranlassung zum Anbringen aller ihrer Bedenken, Fragen und Anträge zu geben, als sie insgesammt bei der künftigen Abfassung der örtlichen Statuten ihrer Communen wieder mitwirken sollten und es daher rathsam erschien, keine dieser in dem gedachten Entwurfe enthaltenen Bestimmungen ohne Mittheilung der dabei zum Grunde liegenden Motiven und Rücksichten zu lassen. Zugleich wurde keine Gelegenheit verabsäumt, die Deputirten auf diejenigen Vorschriften, wodurch vornehmlich die Zwecke des zu publicirenden Gesetzes befördert werden sollten und die auf deren dauernde Befolgung für das Gemeinbeste gegründeten Hoffnungen aufmerksam zu machen.

Es hätte zu weit geführt, keinen wesentlichen Nutzen gewährt, wohl aber die Verhandlungen sehr aufgehalten, die Acten unnöthig angeschwellt und deren weitern Gebrauch erschwert, wären bei diesen Verhandlungen auch die blos beifälligen oder anerkennenden Auslassungen der Deputirten und die von denselben vorgebrachten, aber in Folge der erhaltenen Belehrungen sofort widerrufenen Bedenken und Anträge, nebst den ihnen zu deren Beseitigung ertheilten Aufschlüssen und Berichtigungen speziell in das Protocoll aufgenommen worden. Man begnügte sich daher, in demselben nur derjenigen Bemerkungen der Deputirten Erwähnung zu thun, welche entweder sogleich als wohl begründet oder doch als einiger Beachtung bei der bevorstehenden Revision des Entwurfs würdig erschienen, oder auch Stellen des Entwurfs betrafen, welche den größtentheils rechtsunkundigen Deputirten unklar verblieben oder dringend bevorwortet worden waren.

Uebrigens ergab sich schon hieraus von selbst, daß in allen diesen Beziehungen bei Abfassung des nachstehenden Auszugs aus den gedachten Protocollen ebenfalls der Kürze halber, noch

strenger verfahren, daher auch der, theils auf Anfrage, theils officiell, erfolgten Berichtigung offenbarer Druckfehler oder verschriebener Citate, nicht besonders gedacht werden durfte. Dagegen erschien es, aus gleichem Grunde und um Wiederholungen zu vermeiden, angemessen, hier sogleich derjenigen Auslassungen, Bemerkungen und Anträge Erwähnung zu thun, welche bei der definitiven Redaction des die allgemeine Städteordnung enthaltenden Gesetzes, berücksichtigt worden sind, wie auch derjenigen, woraus die damals im Volke über die städtischen Verfassungen und Communrechte herrschenden Ansichten, so wie über die Richtung der Wünsche desselben und über die Gründe, um derentwillen die Resultate der mannigfachen, diesen Gegenstand betreffenden Berathungen nicht anders als geschehen hatten ausfallen können, hervorgingen. Denn unstreitig gehörten diese Motiven gleichfalls in die Geschichte der Städteordnung.

Es waren aber die Bemerkungen, wozu sich die einberufenen Deputirten der mittlern und kleinern Städte bei Durchgehung des ihnen mitgetheilten Entwurfs s. w. d. auh. wie derselbe im IV. Bande der Landtags-Acten vom Jahre 1830 S. 1934 flg. abgedruckt ist, veranlaßt fanden, hauptsächlich folgende:

Bei §. 6. in der ersten, „allgemeine Bestimmungen" enthaltenden Abtheilung äußerten mehrere der Deputirten: Es scheine ihnen wünschenswerth, von Zeit zu Zeit Revisionen der örtlichen Statuten eintreten zu lassen und die Verpflichtung dazu, mit Feststellung eines bestimmten, vielleicht zehnjährigen Zeitraums, vor dessen Ablaufe nicht darauf angetragen werden dürfe, gesetzlich anzuordnen, weil die Verhältnisse der Städte, namentlich der kleinern, sich von Zeit zu Zeit bedeutend ändern könnten, und einerseits dergleichen Revisionen ohne veranlassende Nothwendigkeit schwerlich vorgenommen werden dürften, andererseits aber auch der unruhigen Neuerungssucht gewisse Schranken zu setzen immer nöthig verbleiben werde.

Bei §. 8., sowie später bei §. 17. 18. 22. 23. 28. 235 flg. 257 flg. und 267 flg. gaben sämmtliche Deputirte einstimmig und dringend den Wunsch zu erkennen, daß doch baldmöglichst alle Bewohner einer jeden städtischen Localität unter einem und demselben Gerichtsstande, sowie unter einer und derselben Po-

lizei-Behörde vereinigt werden möchten, indem bei mehreren Jurisdictionen an einem und demselben Orte, nicht nur den Einwohnern ihr Recht zu verfolgen oftmals sehr erschwert, sondern auch in Folge der außerdem bisweilen unvermeidlich verschiedenen Auslegung und Anwendung der Gesetze, eine Ungleichheit, oder doch Ungewißheit bei der Rechtspflege und der Polizeiverwaltung erzeugt werde, deren Nachtheile sich im Leben weit größer, als man glauben sollte, darstellten. Vornehmlich trete diese Rechtsungewißheit da ein, wo mehrere Gerichtsherrschaften an einem Orte die Jurisdiction ausübten, z. B. in Meißen, wo sechserlei, in Wurzen und Falkenstein, wo fünferlei, in Budissin, Treuen, Thum, Buchholz, Pegau, Zwenkau u. s. w., wo dreierlei Gerichtsbarkeit stattfinde, sowie an mehreren andern Orten, wo verschiedene Aemter, Patrimonial- und Stadtgerichte, Berggerichte und geistliche Behörden zugleich die Jurisdiction ausübten. An solchen Orten werde bisweilen dasselbe Vergehen von der einen Behörde so, von der andern wieder anders bestraft, oder derselbe Streit bei dem einen Einwohner nach andern Ansichten, als bei seinen Nachbarn geschlichtet; der klagende Bürger müsse sein Recht bald da, bald dort suchen, und jede Behörde nehme sich der Ihrigen an. Ueberall aber, wo eine solche Verschiedenheit der Behörden fortdauere, werde weder vollkommene polizeiliche Ordnung, noch wahrer Gemeinsinn bestehen können und das Mißtrauen der Einwohner gegen die Obrigkeiten immer neue Nahrung finden.

Bei §. 13. wurde erinnert: wenn die dem Entwurfe der Verfassungsurkunde unter B. angehängte Bevölkerungsliste die Grundlage der hier enthaltenen Abtheilung der Städte in größere, mittlere und kleine gewesen sei, so beruhe dieselbe, nach vielfältiger Erfahrung, auf sehr unrichtigen Daten, obwohl sie, die Deputirten, nicht sogleich speciell anzugeben wüßten, welche dieser Angaben irrige wären und um wie viel dieselben von der Wahrheit sich entfernten.[146] So z. B. wären namentlich Johann-Georgenstadt, Auerbach und Colditz viel zu hoch angesetzt und gehörten mehr unter die kleinen Städte. Ueberhaupt aber sei dieser Maßstab wandelbar und

146) Vergl. den XI. Abschnitt und Seite 1487—1492 des III. Bandes der Landtagsacten v. J. 1830.

in keiner Beziehung stabil, wie denn auch nach demselben die Vermehrung der Bevölkerung um nur wenige Seelen die Versetzung einer Stadt in eine höhere, stärker belastete Klasse zur Folge haben könne. Besonders reclamirte Sebnitz gegen seine Aufführung unter den mittlern Städten, weil es zwar über 2500 Consumenten, aber größtentheils nur verarmte Bürger und gar kein Gemeindevermögen, daher auch keine Kämmerei besitze. Die früher den Webern daselbst gestattete Ausnahme von der Militairpflichtigkeit habe Uebervölkerung und jetzt, da die dortigen Fabricate nur noch wenigen Absatz fänden, Verarmung herbeigeführt. Alles, was der öffentliche Bedarf erheische, müsse der Bürger aus der Tasche geben. Ebenso verhalte es sich mit Auerbach und, soviel bekannt, mit Rabenau, welche Städte gleichfalls nur Passiven und kein Activvermögen besäßen.

Die Deputirten werden hierauf verständiget, daß unter allen Classificationen die nach dem Maßstabe der Bevölkerung immer noch die angemessenste und stabilste bleibe, weßhalb auch Preußen,[147] Würtemberg und Bayern denselben angenommen hätten; daß insbesondere die Besorgniß, welche die Sebnitzer Commun dieserhalb hege, zur Zeit keinen Grund habe, und daß großentheils schon die in dem Mandate vom 13. Mai dieses Jahres, die Niederlassung von Ausländern betr., §. 4. 5 u. flg. enthaltene Berücksichtigung der gedachten Classeneintheilung gewiß den Wünschen dieser Commun entsprochen haben werde. Die anwesenden Deputirten baten jedoch insgesammt, namentlich für den Fall, daß die Seelenzahl einen Maßstab auch für die Beiträge zu den öffentlichen Lasten abgeben sollte, die gedachte Classification einer nochmaligen Prüfung zu würdigen und dabei zugleich den Bestand des Activ- und Passivvermögens, der Besitzungen, Lasten und Verpflichtungen der Communen, sowie den Umfang ihrer städtischen Angelegenheiten, die Wichtigkeit ihrer Stellung im Staate u. s. w., zu berücksichtigen.

Bei §. 14. trugen die Deputirten darauf an: daß nicht nur

147) Siehe §. 9—13. der allgemeinen preußischen Städte-Ordnung. In der revidirten Städte-Ordnung wurde jedoch die in diesen §phen enthaltene Classification der Städte und der städtischen Bezirke nach Verhältniß der Einwohnerzahl weggelassen und den Local-Obrigkeiten vorbehalten, die Bezirke in jeder Stadt bei Errichtung der Localstatuten festzustellen.

die Stempel- und Kosten-, sondern auch die Porto-Freiheit sowohl für die in demselben §phen angegebenen, als für die bei der bevorstehenden Abfassung der Localstatuten und deren künftiger Revision, überhaupt für alle die Verfassung der Commun betreffenden Verhandlungen und Schriften bewilligt werden möge, und baten: wenigstens vor der Hand Portofreiheit für alle mit dem Geschäftssiegel der Repräsentanten, der Magistrate und Stadtverordneten verschlossene Schriften, sowie für die diesfallsigen Ausfertigungen der Amts- und Kreishauptleute, ingleichen der sonstigen höhern und höchsten Behörden zu gewähren, weil, namentlich in der ersten Zeit bei und nach Einführung der Städteordnung, diese Ausgabe häufig vorkommen und daher den kleinern entferntern Orten sehr lästig fallen werde, wogegen die gebetene Befreiung höchstens nur im Anfange eine einigermaßen bemerkbare Minderung dieser Staatseinnahmen zur Folge haben könne.

Bei §. 18—22. der zweiten „von der Stadtgemeinde" überschriebenen Abtheilung beschwerten sich die Deputirten des erzgebirgischen Kreises, daß die Bewohner der von Alters her mit Bergfreiheit begabten Häuser, obwohl sie oftmals keine Bergleute wären, vielmehr alle mögliche Gewerbe trieben, zeither auch einer Ermäßigung der Accise und andere Vortheile vor den übrigen Stadtbewohnern genossen hätten, sich doch fortwährend der Mitleidenheit bei den städtischen Communlasten, namentlich bei der Armenversorgung, sowie bei der Unterhaltung des Pflasters, der Straßen, der Wasserleitungen, der Löschgeräthschaften u. s. w. zu entziehen suchten und nicht selten sogar von ihren Gerichtsbehörden dabei geschützt würden. Ein Gleiches, fügten Mehrere hinzu, finde bei den Amtsmühlen, z. B. in Buchholz, wo die eine Mühle unter das Amt Wolkenstein, die andere unter das Amt Annaberg gehöre, und bei anderen mit besonderen Freiheiten versehenen Enclaven in den städtischen Gemeindebezirken statt. Wenigstens müsse wegen dieser immer wieder hervortretenden Weigerungen von Zeit zu Zeit Beschwerde geführt oder Bericht erstattet werden, wodurch ein unnöthiger Zeit- und Kostenaufwand entstehe. Zugleich baten sie, daß, da der Entwurf, in welcher Maße die Bewohner solcher Häuser oder Grundstücke künftig zur Mitleidenheit bei der Stadt gezogen und der städtischen Polizei untergeordnet werden sollten,

nicht ausspreche, die Grundsätze, welche in dieser Hinsicht, sowie überhaupt in Ansehung der Theilnahme solcher zeither gesonderter Häuser an den Lasten der Stadtgemeinden zu beobachten sein würden, durch gesetzliche Verordnungen festgestellt werden möchten.

Bei §. 25. ersuchten die Deputirten um genauere Bestimmung des Wortes „Angehörige" und namentlich darüber: ob darunter auch im Orte sich aufhaltende entferntere Verwandte, Dienstboten, Hauslehrer, Geschäftsgehülfen und dergl. verstanden werden sollten.

Bei der dritten, „vom Stadtvermögen und dessen Verwaltung" handelnden Abtheilung wurde zu §. 30. bemerkt, daß daß alle und jede Stiftungen zum Stadtvermögen nicht zu ziehen sein dürften, selbst wenn sie für gemeinschaftlich communliche Zwecke errichtet wären, weil doch jede ihre Eigenheiten habe, und man nicht wissen könne, ob nicht außerdem künftig die Verwendung des Communvermögens, wenigstens partiell, auch für andere Bestimmungen, als für die von den Begründern solcher Stiftungen beabsichtigten, anzuordnen versucht werden könne.

Bei §. 33. wünschte zwar die Mehrzahl der Deputirten eine minder strenge Bestimmung, weil auch Fälle eintreten könnten, wo die Veräußerung von Gemeindegrundstücken zum namhaften Vortheile der Communen gereichen würde, z. B. wenn die Wiederherstellung derselben ein weit stärkeres Capital, als sie künftig verinteressiren dürften, erfordere, oder wenn sie der Commun keinen erheblichen Nutzen gewährten und doch zu Tilgung drückender Schulden oder zu andern gemeinsamen städtischen Zwecken den bei deren Verkaufe zu gewärtigenden Erlös zu verwenden dringend nöthig werde. Desgleichen wünschten dieselben, daß, um künftigen Streitigkeiten darüber zu begegnen, nach den Worten „Sie muß" noch „wo möglich" beigefügt werden möge.

Sie wurden jedoch auf die §. 49. und §. 183 b. d. u. e. enthaltenen Bestimmungen und die unaufhaltbaren Wirkungen des Rechtsganges wie auch darauf aufmerksam gemacht, daß strenge Aufsicht über das gedachte Gebahren um so nothwendiger sei, als der Regierung obliege, die Nachwelt gegen die Mitwelt zu vertreten, während Rath und Stadtverordnete gewöhnlich mehr für die Gegenwart sorgten und zu sorgen hätten.

Bei §. 40. fanden die Mehresten eine Zeitfrist von nur vier Wochen, vom Anfange des jedesmaligen Rechnungsjahres angerechnet, für die Einsendung des gefertigten städtischen Haushaltplans an die vorgesetzten Regierungsbehörden zu kurz, weil die darauf zu gewärtigende Genehmigung, zumal wenn die hohe Behörde dabei Bedenken finden und vorher anderweite Anzeigen verordnen sollte, oft nicht so schnell zu erlangen sein und daher auch vor Anfang des Rechnungsjahres eine definitive Entschließung darauf schwerlich eingehen werde. Zugleich warfen sie die Frage auf: wie zu verfahren sei, wenn die Genehmigung des Haushaltplans nicht vor Jahresschlusse eingehen sollte? und baten um diesfallsige gesetzliche Bestimmung.

Bei §. 46. erwähnte der Deputirte der mittlern Städte des Leipziger Kreises, zum Beweise dafür, daß die Tilgung der ablegichen Schulden doch nicht unbedingt vorgeschrieben werden könne, eines solchen, in der Stadt Döbeln vorgekommenen Falles. Diese habe nämlich im 16. Jahrhunderte gegen 6000 Thlr. in nach dem damaligen Reichsfuße vom Jahre 1559 die Mark feinen Silbers zu 8 Thlr. ausgeprägten Münzsorten zu Bestreitung eines ausgeschriebenen Kriegskosten-Beitrags, theils bei dem Procuratur- und Schulamte Meißen, theils von den beiden Städten Leipzig und Chemnitz und dem St. Georgs-Hospitale zu Döbeln, gegen 5 p. C. jährliche Verzinsung erborgt und diese Schuld, deren Aufkündigung nur ihr, nicht den Gläubigern frei gestanden, vor ungefähr 10 Jahren, als sich die Kämmerei-Kasse in verbesserten Umständen befunden, zurückzahlen wollen. Man habe aber Seiten der Gläubiger für jedes Hundert Capital 56 Thlr. als Aufgeld wegen des inzwischen veränderten Münzfußes gefordert und die Stadt deshalb vorgezogen, dieses Capital nach wie vor mit 5 p. C. des Nominalwerths und zwar ohne Agio, womit die Gläubiger zeither zufrieden gewesen, zu verzinsen. Demnach scheine es rathsam, in ähnlichen Fällen eine günstige Gelegenheit, — z. B. wenn etwa der Gläubiger Geld brauche, — zur Rückzahlung abzuwarten und im angezogenen Paragraphen nach dem Worte „Zeiten" den Satz: „oder wenn deren Abzahlung mit Nachtheilen verbunden sein würde" einzuschalten.

Beim letzten Satze des §. 49. wurde bemerkt, daß nach den Worten: „Insofern blos die Erwerbung von Gebäuden", der

Zusatz: „oder andern für das Bedürfniß der Stadtgemeinde unentbehrlich nothwendigen Grundstücken", eingeschaltet werden möge, indem doch eine Stadt in die Lage kommen könne, Grund und Boden, z. B. zur Anlegung eines Kirchhofes oder Holzhofes oder von Baustellen zu Schul-, Kranken- oder Armenhäusern nothwendig ankaufen zu müssen.

Bei der vierten Abtheilung „vom Bürgerrechte" §. 56. trugen die Versammelten darauf an: die Entscheidung lieber dem Gutachten der Stadtverordneten, oder des Raths mit Zuziehung derselben, als dem blinden Loose zu überlassen, da es sehr wünschenswerth sein könne, daß von mehreren Miteigenthümern gerade Einer oder der Andere der Stadt näher angehöre oder für dieselbe gewonnen werde.

Bei §. 58. bemerkte man: daß unter den daselbst aufgestellten Ausnahmen wohl auch der fremden Pächter städtischer Grundstücke zu gedenken sein werde, da dieselben meistentheils am Wohle der Commun nur wenigen Antheil nähmen.

Bei §. 59. wurde angetragen, daß diejenigen, welche Zuchthausstrafe erlitten hätten, von der Befähigung zum Bürgerrechte ausgeschlossen, und wenn ihnen ein Grundstück durch Erbgang oder auch käuflich zu Theil werde, einen Vertreter zu stellen, angehalten werden möchten.

Bei §. 64. sub d. wurde rathsam befunden, nur diejenigen Stiftungen, welche zum gemeinsamen Besten der Commun gereichten, mit der Annahme eines Lehnträgers bei Grundstücks-Acquisitionen zu verschonen. Denn es scheine an einem hinreichenden Grunde zu mangeln, um deswillen z. B. reiche, nur für gewisse Gattungen von Personen bestimmte Stiftungen, oder Körperschaften, reiche Schützengesellschaften, Innungen, Spitäler ꝛc. davon befreit werden sollten.

Bei §. 66 und 67. wünschten sämmtliche Deputirte: daß zu Erwerbung des Bürgerrechts alle diejenigen angehalten werden möchten, welche durch Betreibung einer Kunst, eines Gewerbes, einer Wissenschaft oder durch eine amtliche Anstellung ihren Erwerb in einer Stadt fänden. Denn es werde dieses nicht nur zu Erleichterung der städtischen Lasten, sondern auch zu einer höhern Achtung des Bürgerstandes wesentlich beitragen, den Stadträthen mehr Ansehen geben, das Mißtrauen gegen die neue Ordnung kräftiger beseitigen, und das Interesse der Bewohner an derselben

vermehren. Sonst erblicke der Bürgerstand in den im Entwurfe nur den Studirten und Gebildetern zugedachten Befreiungen eine Zurücksetzung. Gleichermaßen scheine ihnen dafür, daß sowohl Rechtsgelehrte, als Aerzte, Wundärzte, Sprach- und andere nicht bei öffentlichen Schulen angestellte Lehrer, mit Ehren entlassene Staatsbeamte und Officiere, ferner Bildhauer, Maler, Architecten u. s. w., sobald dieselben durch eigene selbstständige Thätigkeit in der Stadt ihren dauernden Erwerb gefunden und mit wesentlicher Wohnung daselbst sich niedergelassen hätten, zu Gewinnung des Bürgerrechts nicht verbunden sein sollten, kein ausreichender Grund vorhanden zu sein. Hiezu komme, daß, besonders in kleinen Städten, die Zahl unterrichteter Männer, welche an den Bemühungen für das Beste der Commun Theil zu nehmen geeignet und geneigt wären, ohnehin sehr gering sei. Es werde mithin nach wenigen Jahren, wenn man alle diese Klassen der Gebildetern nicht nöthigen könne, an den bürgerlichen Verpflichtungen der übrigen Stadtbewohner Theil zu nehmen, daselbst gar bald an passenden geachteten Männern zu den Ehrenämtern und den Stadtverordneten fehlen. Schon jetzt entstehe für die Communrepräsentanten an vielen Orten daraus, daß sie keine Protocollanten unter sich zu finden vermöchten, die größte Verlegenheit, und bleibe ihnen oft nichts übrig, als andere Personen, welche die Feder dabei zu führen geeignet wären, mit bedeutenden Kosten dafür zu honoriren. Durch Zuziehung der auf Universitäten, Academien u. s. w. Gebildeten würde sich diesem Mangel abhelfen lassen. Sie bäten daher, die oben gedachten §§phen etwa in folgender Maaße abzuändern: §. 66.: „Im Civil- oder Militairdienste des Staats und bei dem Hofstaate des Königlichen Hauses, ferner bei Kirchen und öffentlichen Schulen als Geistliche oder Lehrer angestellte, wie auch von ihrem Vermögen oder ihren Einkünften lebende Personen können zu Erwerbung des Bürgerrechts nicht angehalten werden" und §. 67.: „Die zeitherigen, in diesem Gesetze nicht bestätigten Befreiungen von der Verbindlichkeit, das Bürgerrecht zu erlangen, sie mögen nun in gesetzlichen oder statutarischen Verfügungen ihren Grund haben, fallen künftighin weg. Demnach sind alle aus Staats- oder Hofdiensten, auch geistlichen und Schulämtern mit Ehren Entlassene, wie auch alle diejenigen, welche nach vorhergegangenen Studien auf Universitäten oder andern academischen, chirur-

gischen, technischen und ähnlichen Bildungsanstalten für Künste und Wissenschaften ihren wesentlichen Wohnsitz in einer Stadt nehmen, verbunden, nachdem sie unter Ausübung eines Erwerbzweigs sich 3 Jahre hindurch daselbst aufgehalten haben, das dasige Bürgerrecht zu gewinnen". Den letztern Beisatz fanden die Deputirten insofern nöthig, als Gelehrte, Künstler, Sprachlehrer rc. meistentheils erst nach einigen Jahren sich darüber entscheiden könnten, ob und wo sie ihren fernern Wohnsitz nehmen oder ihr Fortkommen finden wollen und werden, auch wohl wie z. B. die Rechtsgelehrten, erst nach Ablauf eines gewissen Zeitraums zur eignen Praxis gesetzlich befähigt wären.

Bei §. 70. trugen die Deputirten darauf an: daß, da die Vereidung bei der Aufnahme in das Bürgerrecht künftig unterbleiben solle, jeder neue Bürger nicht nur den gewöhnlichen Handschlag abzulegen, sondern auch einen, seine Verpflichtungen enthaltenden Revers auszustellen angehalten werden und eine Abschrift desselben, — insofern jene Verpflichtungen nicht dem ihm ertheilten Bürgerbriefe inserirt sein sollten, — gleichzeitig ausgehändigt erhalten möge, sowohl zur bestimmteren Erinnerung an dieselben, als insbesondere auch, weil der gemeine Mann den Glauben hege, erst durch seine eigenhändige Unterschrift werde, gewissermaaßen contractmäßig, die stärkste Verbindlichkeit erzeugt.

Bei §. 72. wünschten mehrere Deputirte: es möchten die Laudemialabgaben aufgehoben werden, weil dieselben zu mancherlei Lug und Trug Anlaß gäben. Die wahren Kaufsummen der Grundstücke, oft sogar die darauf haftenden Hypotheken würden, um sich dem so genannten Abzuge zu entziehen, verschwiegen, falsche Quittungen ausgestellt, falsche Zeugnisse herbeigeführt und ungerechte Erbtheilungen begründet. Sie wurden zwar sofort beschieden: daß, insofern den Gerichtsherrschaften ein rechtsbegründeter Titel diesfalls zur Seite stehe, die Aufhebung dieser Gerichtsnutzung sich nicht anders als im Wege der Ablösung werde bewerkstelligen lassen, baten aber dringend, dieses ihres Antrages zu gedenken.

Bei §. 78. bemerkten sämmtliche Deputirte: sie wären beauftragt, insbesondere Namens der Garnisonorte gegen die Fortdauer der Verbindlichkeit, entlassenen Militairpersonen, welche die gesetzmäßige Zahl von Jahren gedient hätten, das Bürgerrecht

unentgeltlich zu ertheilen und ihnen gewisse Befreiungen von den bürgerlichen Lasten wiederfahren zu lassen, submisseste Vorstellung zu thun. Die Verpflichtung: den Soldatenstand durch dergleichen Befreiungen für wohlgeleistete Dienste zu ermuntern und zu belohnen, laste doch eigentlich auf dem ganzen Staate; gegenwärtig aber würden am meisten die Garnisonstädte dadurch gedrückt. Denn die entlassenen Militairpersonen nähmen gewöhnlich an diesen Orten, wo sie Bekanntschaften gemacht, vielleicht sich verlobt oder verheirathet hätten, ihren Wohnsitz. Der größte Theil solcher entlassener Soldaten, welche das Bürgerrecht erlangt hätten, verarme aber nach einigen Jahren und falle der Stadt zur Last. So fänden sich z. B. in Radeberg allein gegen 80 solcher verarmter Bürger. Daraus entstehe für die Garnisonorte eine Ungleichheit der Lasten, denn diese Städte müßten für das ganze Land leiden. Werde solchen Militairpersonen die Aufnahme in das Bürgerrecht und in die Innungen nicht so sehr erleichtert, so würden sie nicht so oft ohne alle Mittel einen Hausstand zu beginnen veranlaßt werden, und, müßten sie gleich andern Bürgern die städtischen Communlasten tragen oder werde den verarmenden unter ihnen eine besondere höhere Unterstützung aus Landescassen zu Theil, so würden die Städte nicht, wie gegenwärtig, Ursache haben, über Prägravation in dieser Hinsicht zu klagen. Am wünschenswerthesten aber sei es wohl, daß alle entlassene Militairpersonen an ihre Geburtsorte zurückgewiesen würden.

Bei der fünften, von den Schutzverwandten handelnden Abtheilung entstand in Beziehung auf §. 83. die Frage: wie es gehalten werden solle, wenn unter den Stadtverordneten keine Unangesessenen vorhanden wären, also in den ebendaselbst fraglichen Fällen gar keine Vertretung der Schutzverwandten stattfinden würde, wie z. B. schon gegenwärtig bei den Communrepräsentanten von Plauen und Lengefeld? In den größern Städten könne dieses zwar nicht leicht eintreten, wohl aber in kleinen. Dem werde, schlugen die Deputirten zugleich vor, vielleicht dadurch am ehesten abzuhelfen sein, wenn man im §. 135. festsetze, daß wenigstens zwei Stadtverordnete und ein Ersatzmann aus der Classe der Unangesessenen sein müßten, und daß man dem §. 83. eine Beziehung auf §. 135. hinzufüge.

Bei der sechsten Abtheilung: „von dem Verluste der

bürgerlichen Ehren- und Gemeinde-Rechte" kam zuvörderst in Frage: ob nicht sowohl die Wahlberechtigung als die Wählbarkeit von einem gewissen Vermögen oder Einkommen abhängig zu machen, an einen Census zu binden, wie z. B. in Preußen und Frankreich, um die bemittelten Bürger gegen den überwiegenden Einfluß und die Ueberstimmung von Seiten der Unbemittelten, z. B. bei Berathungen über Communanlagen, sicher zu stellen, auch die bürgerlichen Stadtämter in größerem Ansehen zu erhalten, rathsam sei? Es waren aber die Deputirten sämmtlich der Meinung, daß dieses für die meisten Orte unausführbar erscheine, indem solchenfalls, bei der großen Armuth, namentlich der Gebirgs- und voigtländischen Städte, vielen redlichen Männern die Theilnahme an den öffentlichen Aemtern zu ihrer großen Kränkung würde versagt werden müssen. Zwar sei andrerseits wiederum zu besorgen, daß sich solchenfalls die unruhige Classe, welche nichts zu verlieren habe, als ausgeschlossen betrachten und ohne alle Theilnahme am Fortgange des öffentlichen Wohles oder gar störend zeigen werde. Allein bei den Ernennungen zu Stadtämtern würden die Wahlmänner gewiß ohnehin die berührten Rücksichten nehmen.

Bei §. 84. sub b. waren die meisten Deputirten der Ansicht: schon die Billigkeit bringe mit sich, daß die Frauenspersonen, die das Bürgerrecht hätten, oder dasselbe, nach §. 61. des Entwurfs sogar erwerben m ü ß t e n, auch die bürgerlichen Ehrenrechte, mit Ausnahme der Wählbarkeit zu städtischen Aemtern, bezüglich durch ihre Ehemänner und Curatoren, auszuüben verstattet werden möge, da sie doch die bürgerlichen Lasten ebenfalls zu tragen verbunden und überhaupt als Grundeigenthümerinnen oder wegen des Gewerbes, weshalb sie im Bürgerrechte stünden, für die öffentlichen Angelegenheiten der Stadt ein gleiches, ja sogar, insofern als sie selbst nicht wählbar wären, an dem guten Ausgange der Wahlen vorzugsweise ein sehr starkes Interesse hätten.

Desgleichen gaben bei dem Satze unter c. desselben §phs sämmtliche Deputirte den Wunsch zu erkennen, daß nur ein zweijähriger Abgabenrückstand von der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte ausschließen möge, weil sonst die Anzahl der Auszuschließenden, namentlich in den verarmten Gebirgsstädten, oftmals zu groß werden möchte. Nicht selten trete nämlich bei

Einem oder dem Andern für einige Zeit ein unverdienter Nahrungsabfall ein. Ein solcher sei dann oftmals zwar nicht im laufenden, wohl aber im folgenden Jahre seinen Verpflichtungen nachzukommen im Stande und würde sich in seiner Noth tief gekränkt fühlen, wenn ihm schon wegen eines einjährigen Rückstandes die Ausübung der Ehrenrechte versagt werden sollte.

Bei f. desselben §phs vereinigten sich die Deputirten dahin, daß nicht nur die von der Praxis removirten oder suspendirten Advocaten, sondern auch alle wegen Pflichtvergessenheit entfernte oder suspendirte Beamte und Angestellte, jedoch, soviel die Suspension anlange, nur während deren Dauer, von den bürgerlichen Ehrenrechten ausgeschlossen bleiben möchten. Endlich müßten sie darauf antragen, daß auch den Nachrichtern, so wie den Amts- und Gerichtsfrohnen, und zwar den letzteren wegen ermangelnder Selbstständigkeit, die Ausübung bürgerlicher Ehrenrechte untersagt bleiben möge. Denn die Nachrichter wären nicht überall des Scharfrichters Knechte und daher nicht schon um deswillen diese Rechte auszuüben unfähig, aber doch anrüchig. An mehreren Orten hätten sie überdies die Meistereien im Pachte. In Waldheim sei einer ansässig gewesen.

Bei g. desselben §phs sprachen die Deputirten, mit Ausnahme des der mittlern Städte des voigtländischen Kreises, die Besorgniß aus, daß, weil beide Fälle oftmals auch bei sehr redlichen Männern einträten, — namentlich in den Handel treibenden Gebirgsstädten, — durch eine so strenge Beschränkung wohl auch die einsichtsvollsten Männer den Wahlen entzogen werden könnten. Insbesondere dürften daraus, — abgesehen von der Kränkung, welche, wie schon erwähnt, durch ein solches Ausschließen nicht selten unglücklichen, aber redlichen Männern ohne ihr Verschulden widerfahren könne — für die Communen um so größere Nachtheile entstehen, als in kleinen und mittlern Städten die Zahl der zu städtischen Aemtern geeigneten Personen ohnehin sehr gering sei, und es daher solchenfalls nach wenigen Jahren, namentlich für die Stellen der Stadtverordneten und der unbesoldeten Rathspersonen an qualificirten Männern mangeln würde. Sie tragen demnach auf den Beisatz an: jedoch bleiben dieselben, wenn sie ihren Gläubigern wenigstens 50 p. C. zu gewähren im Stande gewesen sind, stimmberechtigt, werden auch nach Ablauf eines fünfjährigen Zeitraums, von der Beendigung ihres Schuldenwesens an gerechnet, dafern die Stadt-

verordneten darauf antrügen und sie sich ausweisen könnten, die temporäre Insolvenz nicht verschuldet zu haben, auch dieser Fall zum ersten Male bei ihnen eingetreten sei, wiederum wählbar.

Bei h. wiederholten mehrere Deputirte die vorige Bemerkung und fügten noch hinzu: Oft könnten die Mitbürger richtiger über den Grad des Verschuldens urtheilen, als der untersuchende und erkennende Richter, auch sei das öffentliche Vertrauen hier doch vornehmlich zu berücksichtigen. Sie stellten daher anheim: ob nicht, wenn Einer wegen eines geringen, z. B. eines fleischlichen Vergehens, eines Zweikampfs, einer kleinen, in frühern Jahren begangenen Entwendung u. s. w., in Untersuchung gewesen und zu keiner entehrenden Strafe condemnirt worden sei, derselbe, nach vorgängiger Cognition der vorgesetzten Regierungsbehörde und vielleicht nach Ablauf eines zu bestimmenden Zeitraums, zu Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte wiederum zu lassen sein dürfe? und brachten in Vorschlag, hinzuzusetzen: Insofern nicht nach Ablauf eines fünfjährigen Zeitraums von Publication des in der Sache abgefaßten Erkenntnisses an gerechnet, auf gemeinschaftlichen Antrag des Stadtraths und der Stadtverordneten auch vorgängige Berichtserstattung, der Angeschuldigte durch die höchste Behörde ermächtigt werden sollte, die bürgerlichen Ehrenrechte wiederum vollständig oder nur in beschränkter Maße auszuüben. Letzteres werde z. B. der Fall sein, wenn die Regierungsbehörde aussprechen wolle, daß er zwar stimmberechtigt, aber nicht wählbar, oder wenigstens nicht zum Rathsmitgliede oder Stadtverordneten zu wählen sein solle.

Bei §. 85. trugen die Deputirten auf ein Gleiches für den Fall an, daß nach Verlauf eines 10jährigen Zeitraums der befragte Bürger seine Lebensweise geändert haben sollte. Sie glaubten auch nicht, daß diese unvorgreiflichen Anträge, wenn sie Berücksichtigung fänden, irgend einen nachtheiligen Einfluß auf die Sittlichkeit oder die Ehre des Bürgerstandes äußern könnten. Denn die Censur, welche solchenfalls über diejenigen ergehe, welche die bürgerlichen Ehrenrechte wieder in voller oder beschränkter Maße auszuüben ermächtigt werden sollten, würde, wie sie überzeugt wären, von der besten Wirkung auf das allgemeine Gefühl für Rechtlichkeit und Moralität, und die den temporär Ausgeschlossenen eröffnete Möglichkeit, die verlornen Ehrenrechte mehr oder minder wieder zu erlangen, ein Sporn für die nicht

ohne einiges Verschulden der öffentlichen Achtung verlustig Gewordenen aber Besserungsfähigen sein, und so auch die dabei nöthige Cognition der vorgesetzten Behörde, daß der Rehabilitation keine parteiische Ansicht zum Grunde gelegen habe, zugleich verbürgen.

Bei §. 88. sub 1. trug die Mehrzahl der Deputirten, weil Einer durch weite Reisen, Gefangenschaft u. s. w. ohne eignes Verschulden seiner Bürgerpflicht nachzukommen behindert worden sein könne, in Vorschlag zu sagen: „durch eine willkürliche, länger als zwei Jahre dauernde persönliche Abwesenheit“ u. s. w.

In der VII. Abtheilung: „von den städtischen Gemeindeleistungen“ wurde bei §. 107. anheimgegeben: ob im zweiten Satze, nicht außer der Schutzverwandten, auch der Fremden, Pächter, Dienstboten oder sonst nicht selbstständigen Personen ausdrücklich gedacht werden möge, welchen bisweilen Beiträge zu den Communlasten angesonnen würden, weil außerdem leicht unverhältnißmäßige Beschwerungen derselben eintreten dürften. Auch besorgten die Deputirten, daß die im zweiten Satze enthaltenen Worte: „mit Nachdruck“, die Schutzverwandten zu der Meinung, als genössen sie einer besondern Begünstigung von Seiten der höchsten Behörden, verleiten und sie dadurch bei jeder Gelegenheit zum Beschwerdeführen veranlassen könnten.

Bei §. 109. unter a. trugen die gesammten Deputirten darauf an, es möge nach den Worten: „freiwillig gesucht haben“, beigefügt werden: „jedoch nur dann, wenn sie in der Beschaffenheit ihres Amtes, oder in ihren sonstigen Verhältnissen liegende ausreichende Gründe anzuführen wissen“; so wie daß

bei h. desselben §phs die Bestimmung nicht auf vier Jahre, sondern auf die Dauer eines eben so langen Zeitraums, als der sich Entschuldigende Stadtämter bereits verwaltet habe, festgesetzt werde, und zwar sowohl, weil bisweilen besondere Umstände einträten, um derentwillen der Angestellte sein Amt früher niederlege, als außerdem der Fall gewesen sein würde, als auch, weil die Zahl der Verwaltungsjahre für die verschiedenen Posten ebenfalls eine verschiedene sein könne. Desgleichen werde es ebendaselbst sub h. und ebenfalls im ersten Satze statt: „eines ähnlichen Stadtamtes“, heißen müssen: „eines der vorstehend sub e. bemerkten Aemter“, weil außerdem die gewesenen Ersatzmänner unter dem Anführen: sie hätten ein bürgerliches Amt

von der Art des der Stadtverordneten — also ein ähnliches — bekleidet, die auf sie gefallene Wahl ablehnen zu dürfen glauben würden.

Bei §. 113. stellten die sämmtlichen Deputirten den Antrag dahin, daß diejenigen Beamten oder Bürger, welche mit dem Einquartierungsgeschäfte ausschließlich zu thun haben, bei Durchmärschen fremder Truppen mit Einquartierung in ihren Wohnungen fernerhin verschont bleiben möchten, indem dies allgemein für billig erachtet werde.

Bei §. 116b. und c. trugen einige Deputirte, unter Beitritt der Mehrzahl, darauf an, daß mit Genehmigung der vorgesetzten Regierungsbehörde auch die Kirchen und öffentlichen milden Stiftungen gehörenden Immobilien, welche zeither von städtischen Gemeindeleistungen befreit gewesen, insofern ihre Vermögensumstände solches erlaubten, zur Mitleidenheit bei der Commun gezogen werden möchten, da dieselben an den meisten Vortheilen des städtischen Gemeindeverbandes Theil nähmen und ihre Beitragsfähigkeit oft sehr bedeutend sei, ihr Vermögen sich außerdem nutzlos anhäufen würde, und sie ohnehin, irgend Etwas für die Erleichterung der städtischen Lasten zu thun, selten angehalten werden könnten.

Bei der achten Abtheilung „von den Befugnissen und Obliegenheiten der Stadtverordneten" wurde und zwar in Beziehung auf §. 122. sub f. angetragen, nach dem Worte „eröffnen" hinzuzufügen: „worauf derselbe ihnen binnen 14 Tagen die gefaßte Entschließung mit Beifügung der wesentlichsten Gründe bekannt zu machen hat", weil z. B., wenn von den Stadträthen nur ad acta resolvirt und dieses den Stadtverordneten bekannt zu machen unterlassen werde, leicht Verstimmungen und Mißverständnisse daraus entstünden.

Bei §. 125. gaben die meisten Deputirten hinsichtlich des zweiten Satzes den Wunsch zu erkennen: daß, zu mehrerer Sicherstellung der Communen und damit die Stadtverordneten nicht eine zu große Vertretung auf sich hätten, denselben erlaubt werden möge, so oft a. Veräußerungen und Abtretungen oder Acquisitionen bedeutender Immobilien oder Gerechtsame, z. B. der Gerichtsbarkeit; b. Einziehungen oder Aufnahmen über 300 Thlr. betragender Capitalien, und c. Ausschreibungen neuer Communalanlagen in Frage kämen, einen größern Ausschuß der Bür-

ger zur Berathung beizuziehen, welcher, der Zahl nach, etwa noch einmal so stark als die Zahl der Stadtverordneten sein könne. Dazu würden unvorgreiflich die ausgetretenen unbesoldeten Rathsmänner, Stadtverordneten und Stadtältesten; sodann die Ersatzmänner, und, wenn damit die bestimmte Zahl noch nicht erfüllt werden sollte, so viele als noch erforderlich von denen zu berufen seien, welche bei den Wahlen nach den Ersatzmännern die meisten Stimmen gehabt hätten.

Zugleich schlugen die Deputirten bei §. 126. am Schlusse den Zusatz vor: „Es ist aber auch ein Jeder aus der Versammlung sowohl befugt als verbunden, den Vorsteher darauf aufmerksam zu machen, damit dieser solchenfalls das Abtreten des einen oder andern Mitglieds veranlasse".

Bei der neunten, von der Wahl der Stadtverordneten und ihrer Ersatzmänner handelnden Abtheilung und zwar zuvörderst bei §. 129. richteten sämmtliche Deputirte dringende Bitten dahin, daß die Dienstzeit sowohl der Stadtverordneten als der unbesoldeten Rathsherren rc. auf einen Zeitraum von 3 Jahren möge beschränkt werden. Denn Niemand könne ohne wesentliche Hintansetzung seines eignen Gewerbes mit Eifer und Treue sich 6 Jahre hindurch einem Stadtamte hingeben. Erfolge dagegen schon aller drei Jahre eine Ablösung, so werde es selten an qualificirten Männern fehlen, welche aus Liebe zum öffentlichen Besten ein solches mehrmals zu übernehmen sich verstehen dürften. Außerdem möchten wohl die Meisten auf alle Weise sich dieser Verbindlichkeit zu entziehen suchen. Es werde also auch im §. 131., sowie in den folgenden Abtheilungen des Entwurfs, so oft von diesen Dienstzeiten die Rede, in Beziehung auf vorstehenden Antrag, überall statt sechs Jahre drei Jahre und statt zweier Jahre ein Jahr zu setzen sein.

Bei §. 132. und 142. sind sämmtliche Deputirte, — mit Ausnahme des von Buchholz, welcher versichert, daß in seiner Stadt die unmittelbaren Wahlen der Stadtverordneten durch die Gemeinde sehr gut ausgefallen wären, — der Meinung: es sei rathsam, sämmtliche Wahlen durch Wahlmänner bewerkstelligen zu lassen, damit nicht der Einfluß des großen Haufens, so wie der Gleichgültigen oder Unverständigen nachtheilige Wirkungen darauf äußern könne. Zudem werde, wenn eine schlechte Wahl auf dem unmittelbaren Wege erfolge, dem Zufalle

die Schuld beigemessen, wogegen bei mittelbaren die Wahlmänner der ganzen Gemeinde mit ihrer Ehre für eine verständige Wahl haften müßten und daher gewiß immer mit möglichster Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit dabei verfahren würden.

Ferner ward bei §. 137. darauf angetragen, daß bei Ernennung der Wahlgehülfen die Stadtverordneten zugezogen werden möchten, weil sich die Wahlgehülfen in Folge des ihnen dabei obliegenden Censoramtes in der Regel den Unwillen eines Theils ihrer Mitbürger zuzögen, auch gewöhnlich dadurch während einiger Wochen hinter einander von ihren eignen Geschäften entfernt würden und aus beiden Gründen Niemand eine dergleichen Stelle gern annehmen wolle. Es sei sogar zu besorgen, daß man außerdem dem Rathe beimessen werde, er habe absichtlich Einen oder den Andern zur Uebernahme dieser Function auserſehen, um demselben die Zuneigung seiner Mitbürger zu entziehen.

Bei dem 2ten Satze des §. 140. fanden die Deputirten zu bemerken: daß selbst in kleinen Orten wenigstens drei Exemplare der Wahlliste zur Ansicht bereit liegen müßten, weil außerdem der Zudrang zu groß und behindernd sein würde, auch ein oder das andere Exemplar leicht zerrissen, verdorben oder ganz unlesbar werden könne; ferner, daß es, falls gedruckte Wahlzettel ausgegeben würden, gut und in mehreren Orten bereits mit Nutzen eingeführt sei, auf diesen Zetteln die Verhaltungsregeln für die Wähler mit abdrucken zu lassen, damit jeder ohne Ausnahme sogleich wisse, was er dabei zu thun habe. Ebenso zweckmäßig erscheine das Numeriren der Wahlzettel, weil dann ein Jeder sich nur seine Nummer merken dürfe, um nachweisen zu können, für wen er gestimmt habe, auch daraus, ob das Protokoll richtig sei, wenn es angefochten werden sollte, sofort hervorgehen müsse.

Bei §. 144. sprachen sich die Deputirten von Meißen, Döbeln, Waldheim, Lengefeld und Buchholz dafür aus, daß die Wahl der Wahlmänner auf Personen aus deren Mitte beschränkt werden möge, weil der stimmberechtigte Bürger gewöhnlich glaube: derjenige, den er zum Wahlmanne ernannt habe, müsse an sich schon vor allen Andern berücksichtigt werden. Auch würde dann die Wahl leichter sein. Die Deputirten der übrigen Städte, als von Radeberg, Plauen, Pulsnitz, Bautzen und Annaberg

waren jedoch entgegengesetzter Meinung, nämlich daß keine Beschränkung dieser Art stattfinden dürfe, sowohl, weil bei der Wahl der Wahlmänner Personen von Verdienst den Stimmberechtigten entgangen oder inzwischen eingetreten sein könnten, als auch, weil die Wahl außerdem durch mancherlei Rücksichten, welche die Wahlmänner wechselseitig auf einander nehmen möchten, werde beengt werden und dann keine freie zu nennen sein. Es bedurfte daher §. 144. des Entwurfs keiner Abänderung.

Bei §. 145. Seite 37, Zeile 5 des Entwurfs hielt die Mehrzahl dafür, daß, wenn man bei der Bestimmung des §phen: „wie viele Wahlmänner überhaupt und wie viele deren in jedem Wahlbezirke zunächst zu ernennen sind," statt des Wortes: „in" das Wort „durch" setze, jede falsche Auslegung wegfallen werde.

Bei §. 146. richteten die Meisten ihren Antrag dahin, daß den am Wahltage nothwendig abwesenden stimmberechtigten Bürgern vergönnt werden möge, ihre Stimmzettel ausgefüllt zurückzulassen oder dieselben jedoch, wie sich von selbst verstehe, nicht anders als tempestiv und mit genauer Bemerkung der Behinderungsursachen einzusenden. Dabei führten sie an: bisher schon wären in einigen kleinen Städten manche Wahlen nur deshalb nicht so gut, als man erwartet gehabt, ausgefallen, weil mehrere einsichtsvolle stimmberechtigte Männer, welche außerdem den Ausschlag gegeben haben würden, sich zufällig z. B. auf Messen oder Jahrmärkten, welche sie besuchen müßten, abwesend befunden hätten.

Bei der zehnten, „von der Geschäftsführung der Stadtverordneten" überschriebenen Abtheilung und zwar zuvörderst bei §. 157. richteten sämmtliche Deputirte den Antrag dahin, daß den Stadtverordneten nachgelassen werden möge, auch den requirirten Protocollanten eine nach den Umständen angemessene Vergütung zu bewilligen, weil außerdem oftmals Ablehnungen erfolgen würden, wie sie es denn auch der Billigkeit gemäß fanden.

Bei §. 168. wurde vor dem Worte: „berichten" der Zusatz gutachtlich als wünschenswerth in Antrag gebracht, damit der Rath nicht, um auf keiner Seite anzustoßen, ohne sein pflichtmäßiges Gutachten auszusprechen, nur referire.

Bei §. 176. wurde angetragen: es möge verstattet werden, diese Geldstrafen zunächst zu den bei den Geschäften der

Stadtverordneten vorkommenden Auslagen zu verwenden, worüber jedoch von denselben Rechnung abzulegen sein werde.

Bei der eilften, „von dem Stadtrathe im Allgemeinen“ handelnden Abtheilung bemerkten zum 178. §phen sub b. die sämmtlichen Deputirten: sie wären instruirt, darauf anzutragen, daß den Stadtverordneten das Recht, für jede vacante Stelle eines städtischen Beamten oder Unterbedienten drei fähige Subjecte vorzuschlagen, eingeräumt werde, aus welchen sodann der Stadtrath eines zu wählen haben werde. Solchenfalls möge jedoch dem letztern auch frei stehen, eines oder das andere dieser Subjecte aus anzugebenden Gründen als nicht geeignet zurückzuweisen und den Vorschlag eines andern an dessen Stelle zu erfordern. Desgleichen werde der Stadtrath nicht einseitig entlassen dürfen, sondern die Aufkündigung oder Entlassung eines Angestellten als einen Gegenstand, der auf seiner und der Stadtverordneten gemeinschaftlicher Berathung und Entschließung beruhe, anzusehen haben. Denn gerade hier habe die Protectionssucht der Stadträthe die nachtheiligsten Wirkungen gezeigt und die unbrauchbarsten Subjecte wären oft den qualificirtesten vorgezogen worden. Ueberdies habe auch nicht selten das brutale, habsüchtige oder träge Benehmen solcher kleiner Machthaber die meiste Erbitterung unter dem Volke erzeugt, und nur dann, wenn weder die Ernennung, noch die Entlassung derselben von den Stadträthen allein abhänge, werde es hierin besser werden.

Bei §. 179. waren sämmtliche Deputirte in Ansehung der hiernach ebenfalls den Stadträthen allein verbleibenden Collatur-Rechte ausdrücklich instruirt zu erklären: in so fern man die Besetzung der geistlichen und Schulstellen nicht als eine auf der gemeinschaftlichen Beschlußnahme des Raths und der Stadtverordneten beruhende Angelegenheit ansehen wolle, möge den Stadtverordneten wenigstens das Recht, zwei Gastprediger oder Schulmänner zum Probehalten auszuwählen, und sodann wieder aus der Zahl Aller, welche als Prediger oder Schulmänner Probe gethan, drei dem Stadtrathe zu präsentiren, eingeräumt werden, unter welchen dem letztern sodann die Wahl verbleiben könne. Denn, fügten sie hinzu: unpassende Wahlen dieser Art veranlaßten auf lange Zeit hinaus die ärgerlichsten Mißverhältnisse in bürgerlicher und religiöser Hinsicht, und der Beispiele, daß die Stadträthe

bei Besetzungen dieser Stellen unlautern Beweggründen gefolgt hätten, wären nur zu viele vorhanden. Dagegen dürften, auf die von ihnen vorgeschlagene Weise, nicht allein die Stadträthe immer Gelegenheit finden, ihnen bekannt gewordene qualificirte Männer zur Kenntniß der Stadtverordneten zu bringen, sondern auch den Stadtgemeinden niemals Geistliche oder Schulmänner aufgedrungen werden können.

Bei §. 180. trugen sämmtliche Deputirte auf Weglassung der Worte: „in seinem Mittel befindlichen", und darauf an, daß der Kämmerer nicht zum Rathe gehören, auch gleich den übrigen städtischen Beamten von dem Stadtrathe und den Stadtverordneten gemeinschaftlich, aber nicht aus den Mitgliedern des Raths ernannt werden möge.

Der Deputirte von Döbeln fügte hinzu: bei einer Zusammenkunft der abgeordneten Commun-Repräsentanten aus den verschiedenen Städten des Leipziger Kreises wären alle insgesammt dieser Meinung gewesen. Zugleich hätten namentlich die von Leisnig und die von Rochlitz angeführt: daß bereits seit bezüglich 5 und 13 Jahren daselbst mit allerhöchster Genehmigung dem gemäß verfahren worden, so wie daß seitdem in diesen Städten ein weit besseres Verhältniß zwischen dem Magistrate und der Commun eingetreten sei. Auch habe sich, während der unruhigen Bewegungen im Lande, die Bürgerschaft dieser beiden Städte mit der Administration des Stadtraths allgemein zufrieden gezeigt, wogegen in den fünf anderen Städten des Kreises, namentlich über die von den Räthen zu besorgen gewesenen Einnahmen und Ausgaben, fortdauernd Unzufriedenheit und Aufregung wahrgenommen worden. Uebrigens wären auch, wie bekannt, in den meisten mittlen und kleinen Städten, wo der Kämmerer zugleich Mitglied des Raths gewesen, oder der Rath die Administration getheilt habe, von Zeit zu Zeit Kassendefecte vorgekommen.

Zugleich bemerkte der Budissiner Deputirte: Bei den Vierstädten der Lausitz sei der Kämmerer in ältern Zeiten ebenfalls ein Mitglied des Raths gewesen, nunmehr aber überall, unter diesem Namen oder unter dem eines Kämmerei-Verwalters, nur ein Officiant desselben, womit man allgemein Zufriedenheit zeige.

In Folge dessen Allen wurde bei §. 183. dahin angetragen: daß unter g. hinzugefügt werden möge: auch sei bei Besetzung der geistlichen und Schulstellen, sowie bei der Wahl des Kämmerers und der Unterbedienten in der, im §. 178. und 179. ausgesprochenen Maße zu verfahren.

Bei der zwölften, „von den Mitgliedern des Stadtraths und ihrer Wahl" rubricirten Abtheilung erinnerten zu §. 188. einige Deputirte: daß Manche bei Feststellung des Unterschieds zwischen „besoldeten und unbesoldeten" Mitgliedern an dieser Bezeichnung einen Anstoß fänden, indem sie besorgten, man werde künftig mit dem Worte: besoldete, die irrige Ansicht, als wären dieses bezahlte Personen, welche sich die Commun für ihr Geld halte und daher geringer beachten dürfe, verbinden. Es wurde daher vorgeschlagen: statt dessen die Unterscheidung durch „bleibende und wechselnde", oder „auf Lebenszeit und auf Zeit angestellte" zu bezeichnen.

Bei §. 189. u. 190. erinnerte der Deputirte der mittlern Städte des Voigtlandes, daß eine rechtskundige Rathsperson nirgends fehlen dürfe, wie denn auch in kleinen Orten zu gültiger Führung der Protocolle, Abfassung der Bescheide in Innungs-, Gewerbs- und Polizeisachen und zu eidlichen Verpflichtungen immer ein gesetzlich qualificirter Rechtsgelehrter erforderlich verbleiben werde, dafern nicht in dieser Hinsicht besondere Dispensationen ertheilt würden.

Ad b. desselben §phs besorgten Mehrere: der Titel Oberbürgermeister werde Ansprüche auf eine stärkere Besoldung nach sich ziehen, in welcher Hinsicht ihnen jedoch: daß dieser Titel hauptsächlich nur in Beziehung auf die Besetzung der ersten Kammer ertheilt werden solle, zu erkennen gegeben wurde; auch fanden

ad c. sämmtliche Deputirte nach dem Worte: „mittlern" noch den Zusatz: „und kleinern" einzuschalten für nothwendig.

Bei §. 195. wurde von sämmtlichen Deputirten, in Uebereinstimmung mit dem früher ad §. 129. formirten Antrage, nöthig befunden, daß das älteste Drittheil der unbesoldeten Rathsmitglieder statt aller zwei Jahre „alljährlich" ausscheiden und gleichergestalt die Dienstzeit derselben statt auf sechs Jahre, auf drei Jahre beschränkt werden möge.

Bei §. 196. trugen sämmtliche Deputirte darauf an, daß das besoldete Rathsmitglied, welches seine Stelle niederzulegen beabsichtige, seine diesfallsige Erklärung wenigstens sechs Monate vorher abzugeben gehalten sein möge. Denn die im vorliegenden Entwurfe festgesetzte Zeit von drei Monaten sei schon in so fern zu kurz, als nicht jede Stadtgemeinde ein für die erledigt werdende Stelle befähigtes Subject sogleich aufzufinden, und nicht jeder Berufene sich so schnell von seinen zeitherigen Verhältnissen zu trennen im Stande sein werde, auch die außerdem von daher zu besorgenden langen Vacanzen, namentlich bei den Stellen, welche eine juridische Befähigung erforderten, zu großen Verlegenheiten Anlaß geben könnten.

Bei §. 198. bezogen sich die Deputirten auf das bei §. 195. Erinnerte, wonach die Wahlen der Rathsmitglieder ebenfalls alljährlich würden statt finden müssen.

Bei §. 201. ward von der Mehrzahl der Zusatz beliebt: „die auf Lebenszeit angestellten Rathsmitglieder dürften jedoch unter einander weder im dritten Grade noch näher verwandt oder verschwägert sein.

Bei §. 202—207. bemerkten die Deputirten der Städte des Leipziger Kreises, sowie der Deputirte von Meißen im Auftrage der Stadt Pirna, und der Deputirte der mittlern Städte des Erzgebirges Namens der Stadt Freiberg: die bezeichneten Städte wünschten, daß die Wahl sowohl der Bürgermeister als der übrigen Rathsmitglieder den Stadtverordneten allein überlassen bleiben möge, weil, wenn die Bürgerschaft an die von dem Rathe vorgeschlagenen Subjecte gebunden werde, diese fortwährend mit Mißtrauen zu kämpfen haben würden. Dagegen erklärten sich die übrigen Deputirten, wie auch die der mittlern Städte des meißnischen und des gebirgischen Kreises für ihre Personen und Namens ihrer übrigen Committenten für die Beibehaltung des angezogenen Entwurfsparagraphen, wobei Beruhigung gefaßt wurde.

Bei der dreizehnten, „von den städtischen Deputationen" handelnden Abtheilung, und zwar zuvörderst beim 211. §phen bemerkten die Anwesenden: Im Eingange werde wohl anstatt: „in jeder Stadt" zu sagen sein: „in jeder größern und mittlern Stadt". Denn schon die mittlern Städte würden kaum aller

dieser Deputationen bedürfen, die kleinern aber gewiß nicht, wie denn diese auch das dazu nöthige Personale aufzubringen und bezüglich zu besolden schwerlich im Stande wären. Ferner werde ohnehin die 1ste Deputation den Haushaltsplan zumeist vorbereiten, wo nicht gänzlich entwerfen müssen, weil die dazu nöthigen Daten allesammt in deren Händen wären. Endlich trug die Mehrzahl darauf an, daß der Schlußsatz dahin: „Die Deputation für letztere kann aber auch nicht blos aus Angesessenen bestehen" abgeändert werden möge, weil vielleicht die Verhältnisse der Stadtverordneten einen unter den Unangesessenen befindlichen, vorzüglich einsichtsvollen Mann dabei zu haben wünschen ließen.

Bei §. 212. trugen sämmtliche Deputirte darauf an: daß das im Schlußsatze des §phen bezeichnete Befugniß des Stadtraths theils beschränkt, theils überhaupt näher bestimmt werden möge, und schlugen vor, zu sagen: „Dem Stadtrathe steht frei im Einverständnisse mit den Stadtverordneten auch noch außerdem andere Bürger den Deputationen beizusetzen". Dieses Einverständniß sei um deswillen nöthig, weil die bestehenden Deputationen sonst durch absichtliche Beiziehung mit ihnen nicht übereinstimmender Bürger gehemmt und überstimmt werden könnten. Zugleich glaubten sie anheim stellen zu müssen: ob es nicht überhaupt angemessener sei, die Stadtverordneten, da dieselben sämmtliche Verwaltungen controliren, die Rechnungen prüfen und justificiren sollten, von der Theilnahme an allen Deputationen auszuschließen, welche Verwaltungen und Rechnungsführungen mit sich brächten? Die reine Festhaltung der Grundsätze der Städteordnung scheine dies zu erfordern, obwohl die Zahl derer, welche zu bürgerlichen Aemtern zu ziehen wären, sich dadurch abermals vergrößere. Es sei dabei besonders zu erwägen, daß man außerdem besorgen werde, die übrigen Stadtverordneten möchten sich wohl gegen Administrationsfehler ihrer Collegen eben so nachsichtig zeigen, als man den Rathsmännern, daß sie zeither es gegen die Kämmerer gewesen, Schuld gegeben habe.

Bei der vierzehnten, „den städtischen Haushaltungsplan" betreffenden Abtheilung wurde nunmehr etwas zu erinnern nicht befunden.

Dagegen bemerkten die Deputirten bei der funfzehnten, „von der Controle der städtischen Verwaltung" handelnden Ab-

theilung, und zwar zu §. 223: es werde noch ausdrücklich beizufügen sein, daß den Stadtverordneten die Justification der Rechnungen und die Ausstellung des Justificationsscheins darüber zukomme. Zugleich mache sich nöthig, einen Zeitpunct, nach dessen Ablaufe die Verantwortlichkeit sowohl des Raths, als der Stadtverordneten in Ansehung der während ihrer Amtsverwaltung vorgekommenen Handlungen verjähren solle, gesetzlich zu bestimmen, da die Frage: ob die Justification von allen Ansprüchen entledige? bekanntlich controvers sei, und es Manchen sehr beunruhigen würde, wenn er oder seine Nachgelassenen erst nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist liberirt werden sollten.

Bei der sechzehnten, das Verfahren, wenn die Zustimmung der Stadtverordneten nicht zu erlangen sein sollte, sowie bei der siebenzehnten, die Bezirksabtheilungen und Bezirksvorsteher betreffenden Abtheilung fand sich ebenfalls etwas Erhebliches nicht zu erinnern. Dagegen wurde

bei der achtzehnten, „von der Gerichtsbarkeit in den Städten" handelnden Abtheilung, und zwar vorerst zu §. 235. von dem Deputirten der mittlern Städte des Leipziger Kreises erklärt: er sei instruirt, darauf anzutragen, daß die Wahl des Stadtgerichtspersonales und aller Kassenbeamten, eben so wie die der Rathsmitglieder den Stadtverordneten allein überlassen werden möge. Sollte aber dieser Antrag die allerhöchste Genehmigung nicht erlangen, so möge bei dergleichen Wahlen wenigstens, wie bei der Wahl des Bürgermeisters, und nach Maßgabe der Erinnerungen ad §. 202. verfahren werden. Dagegen trugen die übrigen Deputirten nur auf Zuziehung der Stadtverordneten und auf Beachtung des Widerspruchs derselben bei der Wahl des Stadtgerichtspersonales an. Es war daher dem ersterwähnten Specialantrage keine weitere Folge zu geben.

Bei §. 237 — 247. wurde die Frage: ob und welche Städte wohl die Gerichtsbarkeit an den Staat abzutreten wünschen und unter welchen Bedingungen dieselben hinsichtlich der zeither damit verbunden gewesenen Nutzungen und Kosten dazu geneigt sein dürften? aufgeworfen, die Beantwortung derselben jedoch bis zum Schlusse der Verhandlungen ausgesetzt, weil erst dann, wie überhaupt und in allen Theilen die neue Städteordnung

sich gestalten solle und könne, vollständiger zu übersehen sein werde.

Bei §. 249. trugen die Deputirten der kleinen Städte, insoweit diese mit Gerichtsbarkeit versehen sind, darauf an: daß die Aufkündlichkeit des Stadtrichteramts, dafern der dasselbe verwaltende Rechtskundige Pflichtvernachlässigungen sich zu Schulden bringen sollte, festgestellt werden möge, weil die Erfahrung gezeigt habe, daß die Stadtschreiber, welche in den meisten dergleichen Städten zugleich das Stadtrichteramt auf sich hätten, in den ersten Jahren ihrer Amtirung sich meistentheils gut benähmen, späterhin aber zur Unzufriedenheit Anlaß gäben. Namentlich unterzögen sie nicht selten sich zu vielen andern Geschäften, um ihren Nahrungserwerb zu erhöhen, woraus oftmals Verabsäumungen ihrer städtischen Amtspflichten entstünden. Ursprünglich, fügten die gedachten Deputirten hinzu, sei daher ihr Auftrag sogar dahin gegangen fest zu setzen, daß Niemand beim Rathe oder beim Stadtgerichte auf Lebenszeit, sondern daß ein Jeder nur auf 6 Jahre angestellt werden möge, indem er ja alsdann immer wieder gewählt werden könne.

Im Allgemeinen wurde ihnen hierbei bemerkbar gemacht: ein die Verhältnisse, Pflichten und Rechte der Staatsdiener betreffendes Gesetz sei nächstens zu erwarten, und sie würden wohl thun, bei Abfassung der örtlichen Statuten ihre Beamten den Staatsbeamten soviel möglich gleich zu setzen.

Bei §. 251. ward von sämmtlichen Deputirten vorgestellt, daß die im 3. Satze des §phen enthaltene Bestimmung, besonders in den kleineren Städten, Schwierigkeiten finden werde, weil es daselbst größtentheils nicht nur dazu, sondern auch überhaupt an geeigneten Personen mangele. Nach Maßgabe §. 130. 189. 211. 212. 228 flg. 232. 251. 253. 275 und 285. des vorliegenden Entwurfs machten sich nämlich, wenn alle Stellen der Commun- und Justizverwaltung gehörig besetzt werden sollten, schon bei Mittelstädten 18 Stadtverordnete, 9 Ersatzmänner derselben, circa 8 Bezirksvorsteher, 8 Ersatzmänner derselben, 1 Bürgermeister, 2 besoldete Rathsmänner, 3 unbesoldete, 1 Stadtrichter, 1 Protocollant, 3 Assessoren, wenigstens 4 Diener incl. der Frohne, sowie 3 Einnehmer und Kassenverwalter nöthig, woraus sich bereits ohne die Copisten und ohne das bei der Armenversorgung, so wie bei anderen polizeilichen Anstalten weiter nöthige

in der angebrachten Maße unstatthaft erachtet worden, und in dieser Beziehung bedarf solche, da nur Beklagte wider das vorige Erkenntniß Appellation eingewendet haben, keiner weiteren Prüfung. Es kommt vielmehr bei dieser Lage der Sache darauf an, ob das Suchen Klägers, soweit es auf die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde über das im 148.—157. Einl. Punkte enthaltene Versprechen gerichtet, und deshalb auf Beweis gesprochen worden, als schlüssig anzusehen sei.

Nach dem Inhalte des hierauf bezüglichen Vorbringens sollen Beklagte auf Vorhalten des daselbst benannten J., welchen Kläger um seine Vermittelung angegangen, gegen diesen die Zusage,

> „Klägers Braut, Marien Theresen, nicht nur die vollen Kindesrechte einzuräumen, sondern auch jene schon früher zu ihren Gunsten geschehene Zusicherung, daß dieselbe mit den übrigen Kindern der Beklagten in ganz gleiche Theile gehen solle, gleich nach der Hochzeit schriftlich abzugeben, wie Kläger es verlangt,"

gegeben haben, worauf gedachter J. Klägern sofort davon in Kenntniß gesetzt, beide sodann zu Beklagten gegangen seien, und Kläger denselben für ihre Bereitwilligkeit zu Ausgleichung der Differenz gedankt habe, bei welcher Gelegenheit Beklagte jene Zusicherung in Gegenwart J's. dem Kläger gegenüber nochmals wiederholt hätten, die von diesem abermals acceptirt worden sei.

Daß hierin alle wesentlichen Erforderniſſe eines Erbvertrags enthalten sind, läßt sich nicht verkennen. Es ward dabei, unter Einwilligung der Contrahenten, angeblich bestimmt, daß Klägers Braut die einen Paciscenten nach deren Tode mit beerben solle, und die Gewährung des derselben zu hinterlassenden Erbtheils durch das Versprechen, daß sie mit den übrigen Kindern der Beklagten in ganz gleiche Theile gehen solle, näher festgesetzt. Zwar ist dieser Vertrag nur mündlich erfolgt, und es hat die künftige Erbin nicht selbst mit concurrirt; allein durch Gerichtsbrauch steht fest, daß Erbverträge auch durch eine mündliche Verabredung, ohne Autorisation des Gerichts, abgeschlossen werden können,

Kind, quaest. forens. Tom. I. qu. 54.

und ebenso gewiß ist es, daß nach heutigem Rechte solche auch zu Gunsten dritter Personen zulässig sind,

Beseler, von Erbverträgen, Th. II. S. 79 flg. 231 flg.

welche jedenfalls dann ein unwiderrufliches Recht daraus erlangen, wenn sie den Vertrag vor dessen Widerruf angenommen haben.

Ist daher besagter Erbvertrag an sich als gültig zu betrachten, und läßt sich eine Unbestimmtheit desselben auch daraus nicht ableiten, daß in solchem der nunmehrigen Ehefrau Klägers ein ganz gleicher Theil mit den übrigen Kindern zugesichert worden, indem dies nicht etwa blos auf die Hoffnung einer künftigen Succession hinweist, sondern unter Ausschließung der testamentarischen Erbfolge die Norm

genügend bezeichnet, nach welcher sie künftig bei dem Nachlasse der Beklagten einzutreten haben werde, so fragt es sich nun weiter, ob Kläger wider dieselben aus jenem Erbvertrage Klage zu erheben befugt erscheint. Auch dies war zu bejahen. Denn haben Beklagte dem Letzteren, unter dessen Acceptation, die Zusicherung ertheilt, welche mit darauf gerichtet gewesen, daß sie gleich nach der Hochzeit schriftlich abgegeben werden solle, so gereicht dieser Theil des Versprechens nicht blos zu Gunsten der nachherigen Ehefrau Klägers, sondern auch insofern zum Vortheile desselben für seine Person, als (in Ermangelung jeder Bezugnahme auf die Qualität des Erbtheils als Receptitiengut) dem Ehemanne das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht an dem Vermögen seiner Ehefrau und ein Erbrecht an deren Nachlasse zusteht, und dem zufolge derselbe insoweit nicht als ein Dritter, sondern als Mitcontrahent zu betrachten war. Daraus ergibt sich aber von selbst, daß Klägerm aus dieser ihm gegenüber abgegebenen Zusage, auf deren Erfüllung selbstständig zu klagen, nicht versagt werden kann.

Unter diesen Umständen hat man dem vorigen Erkenntnisse nur beizutreten gehabt, wenn es dem Kläger den Beweis seines gedachten Vorbringens auferlegt hat, und die neuerlich dagegen erhobenen Einwendungen der Beklagten sind nicht geeignet, eine Abänderung dieser Entscheidung herbeizuführen. Dieselben wollen

a.,

zunächst eine Unklarheit der Klage darin erblicken, daß es nach mehrerwähntem Versprechen ungewiß bleibe, ob beide, Beklagter und Mitbeklagte, nur ein Object, den dereinstigen Nachlaß des Ersteren, oder diesen, und den seiner Ehefrau, vor Augen gehabt hätten; allein die hierauf bezüglichen Worte der Klage lassen in ihrer Verbindung die Hinweisung auf den beiderseitigen Nachlaß genügend erkennen.

b.,

Der Umstand ferner, daß dasselbe als ein nochmaliges bezeichnet wird, vermag darum kein Bedenken zu erregen, weil dabei ausdrücklich erwähnt worden, wie es Beklagte wiederholt abgegeben haben sollen, und es daher als ein ganz für sich bestehendes sich darstellt.

c.,

Wenn auch die in der fraglichen Verabredung vorkommende Stelle, der Ehefrau Klägers „die vollen Kindesrechte einzuräumen," einer verschiedenen Deutung unterliegen könnte, so findet solche doch ihre Erklärung in dem unmittelbar darauf Folgenden, daß nämlich dieselbe in ganz gleiche Theile mit den übrigen Kindern der Beklagten gehen solle, und dem erkannten Beweise dieses an sich deutlichen Erbversprechens konnte daher die fol. — enthaltene Ausstellung als entgegenstehend nicht angesehen werden.

d.,

Das Vermögen, welches die Ehefrau dem Ehemanne während der Ehe zubringt, ist in der Regel, und dafern deshalb nicht etwas Anderes bestimmt worden, Paraphernalvermögen, welches dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechte unterliegt. Das dereinstige Erbtheil der Intervenientin würde daher, da der Erbvertrag keine dem zuwiderlaufende Bestimmung enthält, als solches zu betrachten sein, und es ist also dem hierbei wesentlich betheiligten Kläger das Befugniß nicht abzusprechen, die Angabe einer sicherstellenden Erklärung von Beklagten in Gemäßheit ihrer Zusage zu verlangen.

e.,

Ueber die Wirkungen jenes Erbvertrags, namentlich darüber, auf welche Quote des Nachlasses der Beklagten Klägers Ehefrau künftig einmal Anspruch zu machen haben werde, ist nach der dermaligen Lage der Sache und der Beschaffenheit der gegenwärtigen Klage gar nicht zu entscheiden, und das, was Beklagte in Betreff der möglicherweise eintretenden Pflichttheilsverletzung ihrer übrigen Kinder und der unterlassenen Zuziehung eines Vormundes derselben eingewendet haben, bedarf demnach keiner weiteren Erörterung, da jedenfalls so viel gewiß ist, daß dadurch die in Frage befangene Verpflichtung der Beklagten, deren Erfüllung Kläger jetzt nur fordert, nicht für beseitigt, und das Suchen Klägers deshalb ohne Weiteres nicht für unschlüssig geachtet werden kann."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Herrmann Julius Grundig gegen Johann Gotthelf Schumann, vom Monat December 1855.)

L.

57.

Die Ausflucht der Compensation ist blos dann ausgeschlossen, wenn die Absicht der Contrahenten, solche auszuschließen, klar vorliegt. — Bedingungen des Rechtes des Ehemannes, auf seine eigene Schuld die seiner Ehefrau zugesagte Mitgift zu compensiren.*)

„Es handelt sich gegenwärtig nur um die von Beklagtem vorgeschützte Ausflucht der Compensation, zu deren Begründung derselbe unter Eidesantrag angeführt hat, daß ihm der Kläger, für den Fall seiner Verheirathung mit dessen Nichte, eine Mitgift von 2000 Thlrn., sowie eine Summe von 500 Thlrn. statt einer vollständigen Sachenausstattung auszuzahlen versprochen habe. Wenn man in dieser Hinsicht die Entscheidung beider vorigen Instanzen abgeändert hat, so beruht dies auf folgenden Gründen.

Zunächst ist in formeller Beziehung zu gedenken, daß in der Aeußerung des Beklagten,

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856 S. 321 flg.

„es könne ihm nicht verdacht werden, wenn er nöthigenfalls von seinem Rechte zur Compensation Gebrauch mache, dafern Kläger dabei beharren sollte, daß er die libellirten 200 Thlr. als Darlehn empfangen habe,“

etwas Anderes nicht gefunden werden kann, als die Erklärung, daß die vorher behauptete Zusage einer Mitgift und eines baaren Ausstattungsquanti schon in dem gegenwärtigen Processe der Forderung des Klägers als Ausflucht der Compensation entgegengesetzt werden solle, wie dies auch daraus ganz deutlich hervorgeht, das sich Beklagter über die Bl. — angeführten Thatsachen des Eidesantrags bedient hat.

Diese Thatsachen sind aber auch ohne die bewirkten Erläuterungen, welche sich nur auf einige nähere Angaben über Zeit und Nebenumstände beschränken, selbst mit Rücksicht auf den gebrauchten Eidesantrag bestimmt und speciell genug vorgebracht, und der angetragene Eid ist eventuell angenommen worden. Auch schließt, wie schon von der vorigen Instanz anerkannt und von dem Oberappellationsgerichte wiederholt ausgesprochen worden ist, das Versprechen, eine Schuld bezahlen zu wollen, die Berechtigung, die schon damals vorhandenen und fälligen Gegenforderungen in Compensation zu bringen, in der Regel nicht, sondern nur dann aus, wenn jenes Versprechen direct und dergestalt auf baare Zahlung gerichtet gewesen, daß die Absicht der Contrahenten, eine Schuldtilgung durch Compensation auszuschließen, daraus deutlich erkennbar wird. Die Frage, auf deren Beantwortung es hauptsächlich ankommt, besteht also darin, ob der Ehemann, mit Rücksicht auf die hier einschlagenden besonderen Verhältnisse, überhaupt berechtigt sei, die ihm zugesagte Mitgift auf seine eigenen Schuldverbindlichkeiten gegen den Promittenten in Gegenrechnung zu bringen?

Der von dem Beklagten an der Spitze seiner Deduction gestellte Satz, daß der Ehemann der wahre Eigenthümer der dos werde, ist in dieser Allgemeinheit weder an sich richtig, noch im gegenwärtigen Falle als durchschlagend zu betrachten. Es kann hier von einer weitern Erörterung der in mannichfacher Hinsicht nicht unbestrittenen Frage abgesehen werden, worin das sogenannte dominium dotis auf Seiten des Ehemannes nach gemeinem Rechte bestanden, und inwiefern derselbe nach letzterem als Eigenthümer der Dotalsachen anzusehen gewesen sei; denn die Rechte, welche in Sachsen der Ehemann an dem Vermögen der Ehefrau hat, entspringen nicht aus den römischen, sondern aus den älteren germanischen Gesetzen. Die unbeschränkte Herrschaft, welche diese dem Manne über die Person und das bewegliche Vermögen der Ehefrau einräumten, sind im Laufe der Zeit immer mehr und wesentlicher beschränkt worden, so daß dermalen nach sächsischem Rechte dem Ehemanne lediglich die Administration und der Nießbrauch des eheweiblichen Vermögens zukommt, während

das Eigenthum an der Substanz des letzteren auch während der Ehe der Ehefrau verbleibt.

Heimbach, in den Abhandlungen von Ortloff 2c. Bd. 1. Seite 165.

Inwiefern der Ehemann das Befugniß hat, über baare Gelder und andere vertretbare, an sich zum Substantialvermögen der Ehefrau gehörige Gegenstände willkürlich zu verfügen, steht ihm dasselbe nicht sowohl als Eigenthümer, wie vielmehr als Nutznießer des eheweiblichen Vermögens in seiner Gesammtheit zu, da der Usufructus an vertretbaren Gegenständen nicht ohne die freie Disposition über deren Substanz ausgeübt werden kann.

Ob nach diesen allgemeinen Grundsätzen der Ehemann auch berechtigt sei, eine der Ehefrau an dritte Personen zuständige Forderung, zumal in solchen Fällen, wo nach der Verordnung vom 7. Juni 1821 zur Vollgültigkeit einer Quittung die Concurrenz der Ehefrau erforderlich ist, zum Behufe der Compensation auf seine Schulden geltend zu machen, erscheint mindestens zweifelhaft, da der Ehemann in Folge seines gesetzlichen Administrations- und Nießbrauchsrechtes immer nicht so ohne Weiteres als der Eigenthümer und Gläubiger dieser Forderungen beurtheilt werden kann. Allein im gegenwärtigen Falle handelt es sich auch gar nicht um eine Forderung dieser Art, sondern um eine Zusage, welche dem Ehemanne noch vor der Ehe und matrimonii causa gegeben worden sein soll. Gegenstand dieser Zusage ist eine baare Geldzahlung, welche mit der — geständigerweise wirklich erfolgten — Verheirathung des Beklagten mit der Pflegetochter und Nichte des Klägers verfallen war und eingeklagt werden konnte; es stehen sich auch objectiv gleichartige, fällige Forderungen einander gegenüber. Alles kommt daher darauf an, ob der Ehemann berechtigt ist, die ihm zugesagte Mitgift und Aussteuer auf Grund der acceptirten Zusage selbstständig einzufordern und einzuklagen, welchenfalls ihm auch das Recht der Compensation zustehen würde.

Nach römischem Rechte ist es mit Grunde nicht zu bezweifeln, daß nur der Ehemann die ihm vom Vater oder einer dritten Person versprochene dos auf Grund des hierüber abgeschlossenen, nach justinianeischem Rechte an keine besondere Form

Vergl. c. 6. C. de dotis prom. 5. 11.

gebundenen Vertrages selbstständig einklagen konnte. Es ist dies nicht allein mit ausdrücklichen Worten in der

const. 5. C. de dotis promissione 5. 11. „Si pater marito tuo stipulanti promiserit dotem, non tibi, sed marito contra soceri successores competit actio,"

gesagt, sondern es geht das Nämliche auch aus vielen anderen Stellen hervor, in welchen überall vorausgesetzt wird, daß dem Ehemanne,

der sich eine dos stipulirt oder versprechen lassen, auch eine Klage auf deren Bezahlung gegen den promissor zustehe,

vergl. c. 1. c. 2. C. cit. titulo;

c. 31. §. 2. C. ib. c. 1. C. de jure dot. 5. 12.

l. 33. l. 41. §. 3. l. 44. D. de jure dot. 23. 3.

Glück, Commentar, Bd. 25. §. 1237. pag. 187.

Unterholzner, Schuldverhältnisse des römischen Rechts, Bd. 2. §. 546. S. 427.

Puchta, Pandecten, §. 415.

Thibaut, System, §. 734.

v. Meyerfeldt, die Lehre von den Schenkungen, Bd. 2. §. 22.

Diese Grundsätze auch gegenwärtig anzuwenden, unterliegt keinem Bedenken. Denn es beruht auch gemeinrechtlich die Klage des Ehemannes nicht auf dem dominio, welches dem Ehemanne nach römischem Rechte an den zur dos bereits gegebenen Gegenständen zugeschrieben wird, sondern auf dem auch ohne alle Form rechtsverbindlichen Vertrage, welcher eben deshalb, weil er ein Forderungsrecht des Mannes an den Promittenten erzeugt, infolge dessen die Auszahlung der zur dos bestimmten Summe nur noch als die Leistung einer Schuld des Promissars an den Promittenten erscheint, schon als eine Bestellung der dos gelten kann.

Sintenis, Civilrecht, Bd. 3. §. 132. S. 18.

Die Regel ist aber auch heut zu Tage noch anerkannt, daß Verträge zunächst nur unter denjenigen Personen gelten, welche dieselben mit einander abgeschlossen und durch welche sie sich gegenseitig oder der eine dem anderen zu einer Leistung verpflichtet haben, sollte auch noch eine dritte Person ein näher oder entfernter liegendes Interesse an deren Erfüllung haben.

Dazu kommt, daß, wenn auch nach sächsischem Rechte der Ehemann nicht als Eigenthümer, sondern nur als Nutznießer und Verwalter des eheweiblichen Vermögens zu betrachten ist, doch eben diese Befugnisse das unbestrittene Recht desselben, die Ausantwortung dieses Vermögens insbesondere, soweit es in baarem Gelde und anderen Fungibilien besteht, zu verlangen begründet. Es bedarf also auch nach sächsischem Rechte der Ehemann, wenn er die ihm versprochene Mitgift einklagen will, hierzu eben so wenig einer Zustimmung der Ehefrau, als zu einer liberirenden Quittung für den Promissar, welcher nur mit dem künftigen Ehemanne contrahirt hat, die Concurrenz der Ehefrau erforderlich werden würde.

Hänsel, Excurse, Th. 1. zu §. 118. und 159.

Carpzov, P. 1. cap. 28. def. 82.

P. 2. cap. 42. def. 18.

Der hieraus sich ergebenden, auf beiden Seiten zulässigen Compensation der zugesagten baaren Mitgift mit einer Schuld des Ehemannes läßt sich aber auch nicht der Einwand entgegensetzen, daß der

Promissor einer Mitgift mit deren Bestellung einen besonderen Zweck verbinde, dessen Erreichung durch die Compensation vereitelt werden würde. Denn die besondere Bestimmung der Mitgift ad ferenda onera matrimonii und das rechtliche Interesse der Frau äußern zwar ihre Wirkungen in Bezug auf den Gebrauch, welchen der Ehemann von der dos zu machen hat, die Verbindlichkeit zur Restitution und die Sicherstellung der Ehefrau, sie beschränkt aber nicht das Recht des Ehemannes, die ihm zugesagte Auszahlung von dem Promittenten zu verlangen, und wenn der Letztere ohne Hinzutritt besonderer Umstände die baare Zahlung an den Ehemann nicht ablehnen darf, obschon diese den Empfänger in den Stand setzt, über die erhaltenen Gelder willkürlich zu verfügen, so kann auch jener besondere Zweck der Mitgift das Recht zur Compensation nicht ausschließen, welche factisch nur darin besteht, daß nach Höhe der einander gegenüberstehenden Forderungen die gegenseitige baare Zahlung unterbleibt und als geschehen zu betrachten ist. Uebrigens wird eine Mitgift überhaupt präsumtiv nicht allein im Interesse der Frau, sondern namentlich auch im Interesse des Mannes bestellt, welchem zunächst die Sorge für den standesmäßigen Unterhalt seines Haushaltes obliegt und dem sie dabei als Beihülfe und Unterstützung dienen soll. Daß dieser Zweck nicht zu realisiren wäre, wenn der Ehemann die ihm zur Mitgift versprochene und ausgezahlte baare Geldsumme ganz oder theilweise zur Deckung eigener Schulden verwendete, läßt sich wenigstens in dieser Allgemeinheit nicht behaupten, da die Compensation eben so wie die baare Zahlung an den Ehemann eine thatsächliche Illation enthält, welche unbedingt die Verbindlichkeit des Ehemannes zur künftigen Restitution begründet und wobei der Ehefrau hinsichtlich der durch Gegenrechnung ausgeglichenen Summe dieselben Rechte und Befugnisse, namentlich auch bezüglich ihrer Sicherstellung zustehen, deren sie gesetzlich in Ansehung ihres auf andere Weise inferirten Vermögens genießt.

Unzweifelhaft ist es ferner, wie schon früher bemerkt wurde, daß, wenn das factische Anführen des Beklagten in Wahrheit beruht, die zugesagte Mitgift und Aussteuer von dem Tage an, wo die Verheirathung des Beklagten mit der Nichte des Klägers stattgefunden hat, fällig und klagbar geworden sei. Die in der c. 31. §. 2. C. de jure dotium enthaltenen, den Ablauf eines biennii betreffenden Vorschriften beziehen sich nicht auf den Zeitpunkt, zu welchem die numeratio dotis gefordert werden kann, sondern nur auf den Zeitpunkt, zu welchem eine Verbindlichkeit zur Bezahlung und beziehentlich Vergütung von Zinsen und Früchten eintreten soll, falls ein bestimmter Termin zur Auszahlung nicht vereinbart worden ist,

Glück, Commentar, l. c. S. 183.
Puchta, Pandecten, §. 415.
Thibaut, System, §. 734.

Nun hat in gegenwärtigem Falle Kläger angeführt, daß er schon im

Jahre 1853 Klägers Nichte geheirathet habe, während die vorliegende Klage erst im Jahre 1854 erhoben worden ist. Dies hat auch der Kläger durchaus nicht bestritten, indem er bemerkt, daß schon seit Monaten eine factische Trennung beider Eheleute bestehe. Da somit wenigstens darüber kein Zweifel obwaltet, daß die Verheirathung des Beklagten mit der Nichte Klägers bei Anstellung der Klage bereits erfolgt gewesen sei, so bedarf es eines genaueren Nachweises über die Zeit dieser Verheirathung nicht, da es schon genügt, wenn nur zur Zeit der Klaganstellung die versprochene Mitgift und Aussteuer gefällig waren. Eine bloße factische Trennung der Ehegatten aber ändert an den Rechten des Ehemannes in Bezug auf das Vermögen der Ehefrau und an der Verpflichtung des Klägers, sein dem Ehemanne gegebenes Versprechen zu erfüllen, nichts.

Die Behauptung, daß Beklagtens Ehefrau eine vollständige Sachenausstattung erhalten habe und daß aus diesem Grunde die als Aequivalent der letzteren zugesicherten 500 Thlr. nicht weiter beansprucht werden könnten, ist vom Kläger nicht aufgestellt worden, erledigt sich aber auch dadurch, daß derselbe das Versprechen selbst geleugnet und den darüber angetragenen Eid acceptirt hat.

Auf die Frage, ob der Kläger Zinsen von der angeblich versprochenen Mitgift und Aussteuer zu fordern berechtigt sein würde, braucht nach dermaliger Sachlage nicht weiter eingegangen zu werden.

Hiernach ist auf den über Beklagtens Exception angetragenen und angenommenen Eid, neben dem Relatum über die Klage, zu erkennen gewesen, und für den künftigen Schwörungstermin noch darauf besonders aufmerksam zu machen, daß, wenn Kläger auch nur soviel zugestehen sollte, daß er dem Beklagten einen, das libellirte Darlehnskapital sammt Zinsen deckenden Betrag als Mitgift oder Aussteuer versprochen habe, jede Eidesleistung sich erledigen würde."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Ludwig Huscher gegen Johann Georg Erler, vom Monat December 1855.) L.

58.

Der Commanditist haftet zwar nicht unmittelbar für die Schulden des Geschäftes, kann aber seine Einlage in das Geschäft erst nach vollständiger Deckung der Geschäftsgläubiger zurückverlangen.*)

„Nun ist aber sowohl Bl. — als in den Bl. — ersichtlichen, die nämliche Frage betreffenden Entscheidungsgründen des Königl. Oberappellationsgerichts ausführlich und in Uebereinstimmung mit den dort bezogenen Autoritäten nachgewiesen worden, daß der Commanditist zwar nicht unmittelbar für die Schulden des Geschäftes zu haften braucht, wenn er dieselben nicht persönlich mit contrahirt hat, daß aber auch andererseits das zur Vermehrung des Geschäftsfonds von ihm hergegebene Capital als ein Bestandtheil des zur Befriedigung

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856 S. 201 flg.

der Societätsgläubiger zu verwendenden Gesellschaftsvermögens angesehen werden muß, woraus folgt, daß der Commanditist seine Einlage den Geschäftsgläubigern gegenüber nicht früher, als wenn diese vollständig gedeckt werden, zurückverlangen kann. Hierbei kommt auch darauf etwas nicht an, ob der betreffende Gläubiger die Existenz einer société en commandite bei der Entstehung seines Forderungsrechtes gekannt hat, oder nicht; denn die société en commandite ist nicht dazu bestimmt, daß sie dem commerziellen Publikum bekannt werde, und der Grund, weshalb auch den Geschäftsgläubigern gegenüber, welchen jenes Verhältniß unbekannt gewesen, die Einlage des Commanditisten vor der Befriedigung dieser Creditoren nicht zurückverlangt werden kann, besteht darin, daß durch seine Einlage der Fonds, der Umtrieb und der Credit des Geschäftes vermehrt worden ist; und es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher mit seiner Betheiligung am Geschäfte durch Vermehrung des Fonds unter allen Umständen Theil am Gewinne haben will, auch eintretenden Falles die Verluste mit tragen muß.

Dieses Verhältniß wird im vorliegenden Falle auch dadurch nicht geändert, daß sich der Appellant wegen seiner Einlage sammt dem ihm zugesicherten Zinsenbetrage eine Hypothek an den Grundstücken der Geschäftsinhaber hat bestellen lassen. Denn die Hypothek kann, als das bloß Accessorische, die rechtliche Qualität des Hauptvertrages, bei dem sie bestellt worden ist, nicht aufheben, und am wenigsten konnte sich der Liquidant durch diese Hypothekenbestellung den Verpflichtungen entziehen, welche ihn als stillen Gesellschafter den Rechten nach treffen, ohne gleichzeitig die Vortheile aufzugeben, welche er durch Eingehung dieser Societät zu erreichen suchte. Wären die verpfändeten Grundstücke nicht zu dem Gesellschaftsvermögen und den gesellschaftlichen Fonds, sondern zu dem Separatvermögen der Gebrüder C. gehörig, dann würde allerdings die Frage entstehen, ob nicht der Liquidant M. seine Befriedigung aus dem Erlöse der ihm verpfändeten Grundstücke, wie jeder andere Hypothekarier, zu beanspruchen und nur aus dem Gesellschaftsvermögen nicht eher, als nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger etwas zu verlangen berechtigt gewesen sei? Allein daß die ihm verpfändeten Grundstücke von dem gesellschaftlichen Fonds ausgeschlossen worden seien, hat der Appellant M. nicht behauptet; es geht auch das Gegentheil hiervon aus §. 2. des Contractes hervor, worin ausdrücklich vereinbart worden ist, daß die sämmtlichen Grundstücke nebst Gebäuden, Maschinen, gangbarem Zeuge, Handwerksgeräthe 2c., deren Werth zusammen auf 14000 Thlr. festgesetzt worden, die Geschäftseinlage der Gebrüder C., nach deren Höhe auch ihr Gewinnantheil berechnet werden sollte, vorstellen sollten. Ob unter diesen Verhältnissen dem stillen Gesellschafter überhaupt ein Pfandrecht an diesen Immobilien habe eingeräumt werden können, braucht hier nicht näher untersucht zu werden, da es wenigstens für ihn von keinem Nachtheile ist, wenn diese Hypothek als formell bestehend anerkannt, der Liquidant hiernach locirt und dabei

nur den Gesellschaftsgläubigern gegenüber angeordnet worden ist, daß die auf seine Forderung ausfallende Perceptionsrate zu der Befriedigung dieser Creditoren zunächst verwendet werden solle.

Ebensowenig endlich kann der Liquidant, wie Bl. — geschehen, mit Erfolg einwenden, daß die Liquidanten Bernhardt T.... und Comp. bei Erwerbung der ihnen bestellten Hypothek aus den Grund- und Hypothekenbüchern zu ersehen gehabt hätten, daß bereits wegen seiner Forderung an 8000 Thlrn. ein Pfandrecht an diesen Grundstücken bestehe.

Er kann sich nicht auf das in §. 22. sg. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 anerkannte Princip der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher berufen, weil das Gesetz nirgends vorschreibt, daß der Inhaber einer hypothekarischen Forderung infolge der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher unbedingt verhindert sein solle, die Rechtsbeständigkeit einer anderen Forderung anzufechten, welche zur Zeit seiner Eintragung bereits auf dem Folium verlautbart gewesen ist. Nur dann, wenn der Inhaber dieser anderen Forderung dieselbe im guten Glauben und auf Grund des Hypothekenbuchs erworben hätte, würde sich derselbe mit der Oeffentlichkeit der Bücher schützen können. In diesem Falle befindet sich aber der Liquidant nicht, der sein Pfandrecht durch einen mit den Besitzern des verpfändeten Grundstückes abgeschlossenen Vertrag erworben hat und der den Vertrag, auf welchen er seine Ansprüche stützt, auch gegen sich gelten lassen muß. Daß aber T.... und Comp. durch Annahme hypothekarischer Sicherstellung für eine bereits bestehende, ursprünglich nicht aus einem Darlehn, sondern aus einer fortgesetzten kaufmännischen Geschäftsverbindung herührende Forderung auf die Berechtigung der Geschäftsgläubiger, zu verlangen, daß vor ihrer Deckung der Commanditist seine Einlage nicht zurück erhalte, verzichtet hätten, läßt sich in keiner Weise, am wenigsten aber dann behaupten, wenn ihnen, wie Liquidant behauptet, von diesem Commanditisten-Verhältnisse gar nichts bekannt gewesen wäre.

Hiernach ist das vorige Erkenntniß in der Hauptsache zu bestätigen gewesen; bei der nicht gerade völlig zweifellosen Lage der Sache erschien es aber billig, auch die Kosten dritter Instanz zu compensiren."

(Urthel des O.-A.-G. in der Gebrüder Eichhorn Schuldenwesen, vom Monat December 1855.) L.

59.

Wenn zu dem Vermögen solidarisch Verpflichteter Concurs eröffnet worden ist, so kann der Gläubiger zwar bei jedem Creditwesen voll liquidiren, er hat sich aber die aus dem einen Schuldenwesen erhaltenen Zahlungen auch gegenüber dem andern Schuldenwesen in Abzug bringen zu lassen.

„Der Gläubiger, welchem eine Forderung gegen mehrere in einem solidarischen Verhältnisse begriffene Schuldner zusteht, ist

berechtigt, bis zu seiner Befriedigung einen jeden derselben auf den vollen Betrag in Anspruch zu nehmen. Denn obwohl die aus der Natur eines solchen Verhältnisses hervorgehende Obligation, welche der Gläubiger in diesem Falle geltend macht, immer eine und dieselbe, und auf dasselbe gerichtet ist, so beruht doch die Verbindlichkeit der Solidarschuldner bei jedem auf einer die Verpflichtung auf das Ganze begründenden selbstständigen Thatsache. Aus dieser Beschaffenheit der Obligation folgt aber, wie in dem in

Treitschke's, Encyclopädie des Wechselrechts, Bd. 2. S. 368.

enthaltenen Erkenntnisse näher ausgeführt worden, ohne Weiteres, daß, wenn die in solcher Maaße gehaltenen Schuldner gleichzeitig oder kurz nach einander in Concurs verfallen sind, dem bis dahin noch unbefriedigten Gläubiger auch unbenommen sein muß, bei jedem dieser Creditwesen seine ganze Forderung zu liquidiren, und deren Location zu verlangen, da der Ausbruch der Creditwesen in Bezug auf die Verpflichtung der ihm solidarisch verbundenen Schuldner etwas nicht ändert, vielmehr sein Befugniß an sich auch nachher noch ebenso ungeschmälert besteht, als es den einzelnen Schuldnern gegenüber hätte geltend gemacht werden können. Daß mithin dem Liquidanten L... das Recht zustand, seinen Anspruch bei dem K...schen Concurse vollständig anzumelden, und derselbe damit, wie in dem Bescheide ausgesprochen worden, unter der darin bemerkten Voraussetzung, ganz in Ansatz kommen mußte, läßt sich nach Maaßgabe der obigen Grundsätze, ohngeachtet dessen, was Bl. — in Betreff des zu dem Vermögen S....s ausgesprochenen Creditwesen angeführt worden, nicht in Zweifel ziehen. Allerdings würde dann, wenn dargethan wäre, daß gedachter Gläubiger aus letzterem Concurse eine Zahlung bereits erlangt hätte, ein anderes Verhältniß insofern herbeigeführt werden, als durch diese Befriedigung zum Theil eine Liberation auch des anderen Solidarschuldners eingetreten wäre, und sich nun der Gläubiger bei Geltendmachung seiner Forderung gegen denselben jene Zahlung anrechnen lassen müßte; allein von den Wirkungen einer solchen kann so lange noch nicht die Rede sein, als sie nicht wirklich schon erfolgt ist, und der Fall, für welchen in dieser Beziehung eine Entscheidung über den diesfallsigen Einfluß bei dem gegenwärtigen Concurse sich erforderlich machte, liegt also zur Zeit noch gar nicht vor. Denn die allgemeine Bezugnahme Liquidantens darauf, daß zu dem Vermögen des Ausstellers S.... in S. bei dem betreffenden Königl. Preuß. Kreisgerichte zu Großstrehlitz ebenfalls ein Creditwesen anhängig geworden sei, und die darauf abgegebene Erklärung des Curator litis, daß er in die Location der fraglichen Forderung, jedoch abzüglich des Betrages, welchen ersterer aus dem S....schen Creditwesen erhalten werde, willige, giebt in Rücksicht auf den nach Befinden erst später zu erwartenden Nachweis einer erhaltenen Zahlung, zumal bei der gänzlichen Unbekanntschaft mit dem Stande dieses letzteren Concurses, zu einer Be-

schränkung des dem Liquidanten zuständigen Rechts, in dem vorliegenden Creditwesen den ganzen Betrag seiner Forderung zu verlangen und damit locirt zu werden, gegenwärtig in keiner Weise geeignete Veranlassung, und vermag daher auch für diesen erst möglichen Eintritt die Nothwendigkeit eines deshalb zu ertheilenden Erkenntnisses ebensowenig zu begründen. Man hat sich daher bewogen gefunden, die im Urthel näher bezeichnete Stelle des Bescheides gänzlich in Wegfall zu bringen, und durch den dafür beigefügten Zusatz die Entscheidung über obige Frage, namentlich auch die Modalität der zu bewirkenden Kürzung, bis dahin offen zu halten, wo eine Zahlung gedachter Art stattgefunden haben, und der Curator bonorum, wie ihm solchenfalls unbenommen ist, mit weiteren Anträgen hervorgetreten sein wird. Nach der dermaligen Lage des K... schen Concurses ist, wie gedacht, Liquidantens Forderung in ihrem ganzen Umfange zu berücksichtigen, und er muß daher auch vollständig damit locirt werden, während über das Rechtsverhältniß, was in dem Falle, wenn derselbe auf diese Forderung aus der S.... schen Masse eine Zahlung empfangen sollte, entstehen, und wie dadurch ersteres sich gestalten würde, jetzt noch nicht zu cognosciren ist, unter den gegenwärtigen Umständen es auch nicht erforderlich scheint, durch einen allgemeinen Anhang schon in der Hinsicht Vorsehung zu treffen, daß der Liquidant aus den beiden zu dem Vermögen seiner Solidarschuldner entstandenen Creditwesen nicht mehr, als seine Forderung beträgt, erhalte."

(Urthel des O.-A.-G. in Tobias Keils Schuldenwesen, vom Monat December 1855.) L.

60.

Ueber die Klagbarkeit der Wetten.

„Vor dem Erscheinen des Mandates vom 20. December 1766 erkannte der Gerichtsbrauch die Klagbarkeit einer ehrlichen Wette unbedingt an.

Vrgl. Constit. ined. 42. Carpzov, Const. 19. P. II. def. 18. So verstatteten auch die Polizeiordnungen vom 23. April 1612 §. 12. und vom 22. Juni 1661 tit. 8.

C. A. I. S. 1473. und 1572.

honestas sponsiones, so extra causam ludi geschehen, oder „ehrliche Wetten" ausdrücklich neben den Verboten anderer Spiele, indem sie jene „an ihren Ort stellten."

Das Mandat vom 20. December 1766 giebt als seinen Gegenstand Hazard- und hohe Spiele, das darüber angestellte Wetten und die Ungültigkeit der Spielschulden in der Aufschrift an, und in der Einleitung die Absicht zu erkennen, den längst verbotenen Hazardspielen auf das Nachdrücklichste zu steuern, dem hohen Spiele in Ansehung der (an sich) nachgelassenen Spiele Einhalt zu thun und die wegen Ungültigkeit der Spielschulden vorhandenen Verordnungen zu

erneuern und zu erläutern. Nachdem nun die Hazardspiele §. 1., die hohen Spiele und (hohen) Wetten §. 3. schlechterdings verboten worden, wird den Spielschulden, die aus an sich erlaubten Spielen herrühren, die obligatio civilis abgesprochen und eine Klage auf deren Bezahlung nicht gestattet.

Daß „ehrliche Wetten" im Sinne des vorerwähnten Gerichtsbrauchs und der gedachten älteren Gesetze der Gesetzgeber in diesem neuen Gesetze in der letzteren Hinsicht den an sich zwar erlaubten, aber eine civilrechtliche Verbindlichkeit nicht begründenden Spielen habe gleichsetzen wollen, ist in den bisher angeführten Stellen und zwar in der Hauptstelle §. 4. nicht einmal angedeutet. Nur die in den späteren §. 5. 6. 7. 10. geschehene Erwähnung der Wetten neben den Spielen, wo von der Ungültigkeit von Urkunden, welche über Spielschulden oder Wetten ausgestellt worden, und dem Proceßverfahren daraus die Rede ist, gaben Veranlassung zu der Ansicht, daß überhaupt aus Wetten nicht geklagt werden könne, eine Ansicht, der jedoch mehrere Rechtslehrer

Berger, Oecon. jur. Lib. III. tit. III. th. 6. no. 3.
Curtius, Handbuch §. 1563.

nicht beipflichten, und welche, da jene älteren Gesetze nicht nur nicht aufgehoben, sondern sogar bestätigt und nur erläutert werden sollten, wenigstens mancher Beschränkung unterworfen ist.

Die Unklagbarkeit der Wetten beschränkt sich nämlich im Wesentlichen auf die Wetten beim Spielen

Polizeiordnung vom 22. Juni 1661 tit. VIII.
Mandat vom 20. December 1766 §. 6.

und auf die den Umständen nach unangemessen hoch erscheinenden Wetten,

§. 3. desselben Mandats,
Guenther, Dissert. de sponsionibus earumque jure, 1847 quaestio III.

Es hat auch, wenn, wie in dem vorliegenden Falle, die klagbar gemachte Wette als unangemessen hoch erscheint, dies nicht die gänzliche Verwerfung der Klage zur Folge, sondern nur die Wirkung, daß der Richter die verwettete Summe eintretenden Falles zu ermäßigen hat.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, III. Band, p. 492.

Auch steht, wie schon in voriger Instanz mit Recht hervorgehoben worden, der Klage der Umstand nicht entgegen, daß der Kläger für die von ihm vertheidigte Behauptung volle objective Gewißheit gehabt hat, da er zufolge der Klage bei Einl. Punkt 28. 31. 135. und 159. und beziehendlich der vom Beklagten dazu gegebenen Auslassungen vor Abschluß der Wette von diesem Umstande dem Beklagten Mittheilung gemacht, dieser aber gleichwohl der Wette insistirt hat."

dissertat. cit. quaestio II."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Johann Christoph Liebert gegen Carl August Kupfer, vom Monat December 1855.) L.

61.

Ueber die Pertinentialeigenschaft derjenigen Maschinen, deren der Besitzer des Grundstückes zur Zwirn- und Bandfabrication sich bedient hat, ingleichen über die Vertheilung der Licitationsgelder bei der Versteigerung mehrerer Gegenstände mit **einem** Gebote.

„Indem man zunächst auf die Gründe der vorigen Instanz, denen beigepflichtet worden, insbesondere auch, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die darin enthaltene actengemäße Darstellung des Sachverlaufs verweist, hat man zur Widerlegung dessen, was in der Deduction angeführt worden ist, nur Folgendes noch zu bemerken gehabt.

1.,

Wenn eine bewegliche Sache als Pertinenz eines Gebäudes gelten soll, ist im Allgemeinen erforderlich, daß sie in einer Beziehung zu dem Gebäude selbst stehe und deshalb in eine gewisse Verbindung mit demselben gebracht worden sei.

Der mechanische Zusammenhang, welcher zwischen einer beweglichen Sache und einem Gebäude oder dessen einzelnen Bestandtheilen gerade stattfindet, ist schon nach den römischen Rechtsquellen

l. 17. p. D. de. act. emt. vend. XIX. 1.,
l. 21. D. de instr. v. instr. leg. XXXIII. 7.,
l. 19. §. 8. D. de auro, argento, mundo etc., XXXIV. 2.,
l. 242. D. de verb. signif. L. 16.,

nicht das einzige entscheidende Merkmal für die Pertinenzeigenschaft der beweglichen Sache, falls nicht dieser Zusammenhang so beschaffen wäre, daß derselbe nicht ohne eine wesentliche Zerstörung oder Veränderung des Gebäudes oder auch der beweglichen Sache selbst in ihrer Substanz aufgehoben werden könnte. Die bloße Affixion oder Befestigung der beweglichen Sache an eine unbewegliche, bei welcher eine solche Unzertrennlichkeit nicht vorausgesetzt werden kann, begründet weder an und für sich allein die Pertinenzeigenschaft des Mobile, noch wird die Qualität dadurch allein ausgeschlossen, daß eine mechanische Verbindung gar nicht, oder nur zeitweilig besteht.

Funke, die Lehre von den Pertinenzen, §§. 5. flg. §. 9. 10.

Die Beziehung nun, welche zwischen dem Gebäude und der beweglichen Sache vorhanden sein muß, wenn die Pertinenzeigenschaft der ersteren angenommen werden soll, muß darin bestehen, daß die bewegliche Sache ihrer eigenen Beschaffenheit und ihrem Zwecke nach dazu dient, entweder das Gebäude für seine Bestimmung als solches vorzurichten, oder die Brauchbarkeit und Annehmlichkeit desselben zu erhalten und zu erhöhen. Der Zweck der Mobilie, welche mit dem

Gebäude in Verbindung gebracht worden ist, muß sonach ein sachlicher und bleibender, nicht blos ein persönlicher, er muß in dem allgemeinen Verhältnisse des Gebäudes und nicht blos in der persönlichen Eigenschaft eines einzelnen Besitzers begründet sein.

Funke, loco cit. §. 5.

Dieser bleibende Nutzen der beweglichen Sache für die Zwecke, welche das Gebäude seiner natürlichen Beschaffenheit oder sonstigen unzweifelhaften Bestimmung nach hat, wird auch im römischen Rechte als das wesentliche Kennzeichen der Zubehörigkeit dargestellt

vrgl. l. 17. §. 7. D. de act. emt. vend. „Labeo ait: ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii;“

l. 242., §. 4. D. de verbor. signific. „structuram loci alicujus ex tabulis factam, quae aestate tollerentur, et hyeme ponerentur, aedium esse, ait Labeo, quoniam perpetui usus causa paratae essent, neque ad rem pertinere, quod interim tollerentur.“

vrgl. auch das in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. VIII. S. 520 abgedruckte Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichts.

Im vorliegenden Falle handelt es sich nur noch um gewisse Maschinen, deren sich der frühere Besitzer des betreffenden Grundstücks zum Behufe der von ihm betriebenen Zwirn- und Bandfabrication bedient hat, und um gewisse, zum Gebrauche dieser Maschinen nöthige Utensilien; denn daß die Bl. — zuletztgedachten 3 Stücke in keinem Falle Zubehörungen eines Grundstückes werden können, bedarf kaum der Erwähnung. Nach der Bl. — ersichtlichen, nicht bestrittenen Beschreibung dieser Maschinen stehen dieselben keinesweges in einem so unzertrennlichen Zusammenhange mit dem Gebäude selbst, daß sie schon aus diesem Grunde als Theile des letzteren selbst anzusehen wären. Sie können aber nach den obigen Grundsätzen auch nicht als bewegliche Zubehörungen des Gebäudes, worin sie aufgestellt waren, betrachtet werden, weil ihnen gerade das characteristische Kennzeichen der Pertinenzen abgeht. Denn es sind nicht solche, welche ad perpetuum aedificii usum, für die Zwecke des Grundstückes dienen, und eben deshalb als Theile eines Ganzen anzusehen sind, sondern solche, welche nur für den persönlichen Bedarf und Geschäftsbetrieb eines einzelnen Besitzers bestimmt wurden; nicht solche, welche dem Grundstücke eine neue Gestaltung, eine besondere und bleibende Bestimmung verleihen sollten; sondern solche, welche den Geschäftsbetrieb des Besitzers fördern sollten und welche zu gleichem Zwecke auch in anderen Localitäten verwendet werden konnten.

vrgl. Funke, loco cit. §. 16.

Hiergegen läßt sich nun auch nicht einwenden, daß, wenn dem Bl. — beschriebenen Treibewerke die Pertinenzqualität beizulegen sei, auch die durch dasselbe getriebenen Maschinen dieselbe Eigenschaft

haben müßten; denn es ist schon gezeigt worden, daß der bloße mechanische Zusammenhang, welcher zwischen einem Mobile und dem Gebäude selbst existirt, noch keinen Beweis für die Pertinenzqualität des ersteren begünde, und dasselbe muß natürlich auch dann gelten, wenn eine bewegliche Sache mit einer anderen als Zubehörung des Grundstückes zu betrachtenden Vorrichtung in eine solche Verbindung gebracht worden ist. Das gedachte Treibwerk konnte allerdings theils nach seinem Zwecke, theils nach seiner Einrichtung und der Art und Weise seiner mechanischen Verbindung mit dem Seitengebäude als ein Bestandtheil des letzteren selbst angesehen werden, wodurch eine neue und besondere Art der Benutzung des Gebäudes als Fabrikgebäude möglich gemacht wurde. Die nur zu dem Betriebe eines bestimmten Gewerbes dienenden, selbstständigen Maschinen aber stehen zu dem am Grundstücke angebrachten treibenden Zeuge nicht in dem Verhältnisse, daß sie als integrirende Theile des letzteren betrachtet werden können, wie sich dies schon daraus ergiebt, daß jede andere Maschine derselben Gattung mit demselben Erfolge in dem Gebäude aufgestellt und das vorhandene Treibwerk zu deren Gebrauche angewendet werden kann, wenn der jeweilige Besitzer einer solchen Maschine für seine persönlichen Zwecke bedurfte.

2.,

Unbegründet ist ferner die Ansicht des Appellanten, daß die Pertinenzeigenschaft der fraglichen Maschinen u. s. w. von dem Gütervertreter und dem Concursgerichte durch das bei der Versteigerung beobachtete Verfahren anerkannt worden sei. Denn eines Theiles würde, wie schon von der vorigen Instanz richtig bemerkt worden ist, die Ansicht, welche das Gericht und der Gütervertreter in dieser Beziehung gehabt haben, den betheiligten Gläubigern in keiner Weise präjudiciren, vielmehr hätte es, wenn sich diese Ansicht als eine irrige erwiesen, einer rechtsverbindlichen Erklärung abseiten der einzelnen, namentlich der chirographarischen Gläubiger bedurft, um die fraglichen Mobilien im vorliegenden Falle als Zubehörungen behandeln zu dürfen. Anderntheils aber weist der Umstand, daß von dem Gütervertreter darauf, daß die Maschinen und Gewerbsutensilien mit dem Grundstücke, worin sie sich befänden, unter einem Gebote versteigert und zugeschlagen werden möchten, angetragen, vom Concursgerichte aber diesem Antrage gefügt und demgemäß an die Grund- und Hypothekenbehörde requirirt worden ist, noch keinesweges auf die demselben von dem Appellanten untergelegte Rechtsansicht hin; denn es hätte eines solchen Antrages nicht bedurft, wenn man der Meinung gewesen wäre, daß die gedachten Gegenstände Zubehörungen des Gebäudes seien. Der Eintrag der gesammten noch rückständigen Licitationsgelder in das Grund- und Hypothekenbuch als solcher, welche für das Grundstück zu entrichten seien, erklärte sich dadurch ganz natürlich, daß dem Ersteher gegenüber die unter einem und demselben Licito zugeschlagenen Mobilien thatsächlich als Zubehörungen des Grundstückes

behandelt worden sind; hieraus folgt aber noch nicht, daß sie das Gericht auch rechtlich den Gläubigern gegenüber habe als solche betrachtet wissen wollen, nicht zu gedenken, daß auch, wenn dies der Fall gewesen wäre, die letzteren an diese Auffassung nicht gebunden sein würden.

Auf die Bl. — angezogenen §§. 92. 93. 109. 112. des Hypothekengesetzes, welche die Rangfolge der Hypothekengläubiger unter sich und die Vertheilung der Erstehungsgelder bei Zwangsversteigerungen in und außerhalb des Concurses betreffen, vermag sich der Appellant gar nicht zu berufen, und es beruht sein Anführen in dieser Hinsicht auf einem offenen Mißverständnisse. Es handelt sich nämlich im vorliegenden Falle nicht darum, in welcher Reihefolge derselbe aus den für die verpfändeten Grundstücke erlangten Licitationsgeldern zu befriedigen, sondern was unter den hier obwaltenden Umständen zu diesen Geldern, also zum Pfanderlös, zu rechnen sei.

Diese Frage kann durch den Eintrag derjenigen Summe, welche der Ersteher noch zu bezahlen hat, und die Fassung, welche diesem Eintrage von dem Gerichte gegeben worden ist, um so weniger entschieden werden, als sich der Appellant nicht einmal in der Lage befindet, auf die Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher zu provociren, von welcher sich im vorliegenden Falle höchstens auf Seiten einer dritten Person, welche diese Erstehungsgelder in gutem Glauben an sich gebracht hätte, ein Gebrauch absehen ließe.

3.

Der Maßstab, nach welchem die für das Grundstück selbst und die darin befindlichen, als dessen Pertinenzen nicht zu betrachtenden Maschinen und sonstigen Geräthschaften erlangte Erstehungssumme der 1129 Thlr. vertheilt worden ist, kann nur gebilligt werden. Ist weder vor, noch nach der Subhastation eine besondere Vereinigung hierüber getroffen und sind besondere Gebote auf das Grundstück und die beweglichen Gegenstände nicht angenommen worden, so bleibt ein anderer Ausweg als die Vertheilung des Gesammterlöses nach den beiderseitigen Taxwerthen gar nicht übrig. Dieselbe hat wenigstens die Voraussetzung für sich, daß die Licitanten bei der Eröffnung ihrer Gebote das Grundstück nebst dem gleichzeitig und ohne Annahme besonderer Gebote versteigerten Mobiliar als ein Ganzes betrachtet und ihre Gebote nach dem Gesammtwerthe beider eingerichtet haben. Jede andere Berechnungsweise würde willkürlich sein und der Appellant selbst hat nicht angegeben, nach welchen anderen, als den jetzt angenommenen Factoren die Berechnung erfolgen solle.

Anlangend aber die Frage, ob man die ortsgerichtliche Taxe der Maschinen und des Treibwerkes als eine legale anzusehen und diese bei der Berechnung zu Grunde legen dürfe, so hat man auch diese Frage mit den vorigen Instanzen zu bejahen gehabt. Abgesehen davon, ob gegenwärtig noch eine Bestimmung des Werthes, welchen die fraglichen Gegenstände zur Zeit ihrer am 6. December 1851 bewirkten Ver-

steigerung gehabt haben, durch eine anderweite Würderung derselben würde erfolgen können; so ist auch der Behauptung des Appellanten, daß der Ortsrichter, welcher die bei der Subhastation angenommene Taxe ausgeworfen hat, hierzu nicht befähigt gewesen sei, gar nicht so ohne Weiteres beizupflichten. Denn Maschinen der hier fraglichen Gattung sind dermalen so allgemein im Gebrauche, daß sich wohl annehmen läßt, es könne auch solchen Personen, welche nicht gerade unter die Techniker gehören, eine ausreichende Kenntniß über den Werth und den Zustand derselben beiwohnen, auch würde man zu der Voraussetzung berechtigt sein, daß die Ortsgerichte, wenn ihnen die nöthige Sachkenntniß gefehlt, der Würderung sich nicht unterzogen haben würden. Dazu kommt, daß Appellant, obwohl er nicht blos als Ersteher, sondern auch als Hypothekengläubiger betheiligt war, dennoch weder vor, noch bei der Subhastation gegen die Richtigkeit jener Taxe eine Ausstellung erhoben und auch gegenwärtig nicht speciell angeführt hat, aus welchen Gründen er diese Taxe für zu hoch erachte. Endlich muß allerdings auch darauf noch ein Gewicht gelegt werden, daß die subhastirende Behörde die Taxen des Grundstückes sowohl als des Mobiliars in die Subhastationspatente mit aufgenommen und darauf verwiesen hat, daß den Licitanten diese Taxen nicht unbekannt geblieben sind, somit aber auch vorauszusetzen ist, daß dieselben, da sie gegen die Richtigkeit dieser Taxen keine Widersprüche erhoben, mit denselben einverstanden gewesen seien und auch bei ihren Geboten darauf reflectirt haben, sowie denn auch Seiten des Gerichtes in der Annahme und Bekanntmachung dieser Taxen wenigstens soviel thatsächlich zu erkennen gegeben worden ist, daß man eintretenden Falles auch bei der Vertheilung des Liciti an selbigen festhalten werde. Nicht unbemerkt will man übrigens lassen, daß die ortsgerichtliche Taxe der Maschinen bei dem als Pertinenz betrachteten Treibwerke zu Gunsten des Appellanten angenommen und hiergegen von demselben kein Einwand erhoben, vielmehr diese Werthsermittelung als eine legale bezeichnet worden ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Johann Gottlieb Heinrich's Creditwesen, vom Monat December 1855.) L.

62.

Die Quittung eines Gläubigers beweist auch dritten Personen gegenüber nicht blos die Zahlung, sondern auch die Person des Zahlenden.

„Soviel die im 58. Gegenbeweisartikel Bl. — Vol. II. angegebenen 800 Thlr. anlangt, so hängt die Entscheidung von Beantwortung der Frage ab, welche Beweiskraft der von dem Beklagten Bl. — d. V. beigebrachten Gegenbeweisurkunde unter D. beizulegen sei. Dieses Document, welches rechtskräftig pro recognito angesehen worden ist, enthält eine Quittung vom 1. Januar 1844,

inhalts deren Carl Gottlieb H... bekannt hat, auf diejenigen 1000 Thlr., welche die Ehefrau des Beklagten zu Weihnachten 1843 an ihn zu bezahlen gehabt habe, von dem Beklagten 800 Thlr. verlagsweise erhalten zu haben. In erster Instanz hat man die Thatsache, daß der Beklagte an den Gläubiger seiner Ehefrau 800 Thlr. und zwar aus eignen Mitteln bezahlt und seine Ehefrau in soweit liberirt habe, durch diese Urkunde für voll bewiesen angesehen, jedoch wegen eines weiter unten zu erwähnenden Momentes dem Beklagten noch einen Eid dahin auferlegt, daß er die Gelder, welche er an H... bezahlt, nicht von seiner Ehefrau zur Aushändigung an H... erhalten habe. Dagegen hat die zweite Instanz der fraglichen Urkunde rücksichtlich der Thatsache, daß der Beklagte die 800 Thlr. für seine Ehefrau verlegt habe, alle und jede Beweiskraft abgesprochen und die Gegenrechnungspost der 800 Thlr. für gänzlich unbewiesen gehalten. In der gegenwärtigen Instanz hat man der Meinung der prima vor der der secunda den Vorzug gegeben und daher das erste Erkenntniß wieder hergestellt, und zwar aus nachstehenden Gründen:

Daß die nunmehr verstorbene Ehefrau des Beklagten dem Carl Gottlieb H... 1000 Thlr. zu Weihnachten 1843 als Kaufgelder für das von dem letzteren gekaufte Gut zu Niederlangenau zu bezahlen gehabt habe, ergiebt sich aus dem Bl. — folg. der beiliegenden Acten sub tit. S. No. 53. befindlichen Kaufe, auf welchen die Kläger in dem 24. Beweisartikel Blt. — Vol. II. sich selbst bezogen haben. Hiernach erledigen sich alle Bedenken, welche gegen die Beweiskraft der H....schen Quittung in sofern gemacht werden könnten, als dadurch allerdings nicht dargethan werden würde, daß H... eine Forderung an die Ehefrau des Beklagten gehabt hätte und es kann nur noch darauf ankommen, ob durch die angegebene Quittung bewiesen werde, daß der Beklagte auf die Schuld seiner Ehefrau 800 Thlr. abschläglich bezahlt und die Gelder dazu aus seinem Vermögen genommen habe. Dieß ist nun aber nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz allerdings der Fall.

So viel die Frage betrifft, in wie weit eine Urkunde auch gegen andere Personen, als den Aussteller und dessen Rechtsnachfolger beweise, so ist im Allgemeinen von dem Principe auszugehen, daß eine Urkunde auch gegen dritte Personen volle Beweiskraft hat, wenn sie ein wahres Geständniß des Ausstellers enthält, und zu dem Ende ausgestellt ist, daß dadurch ein künftig etwa nöthiger Beweis gegen denselben geführt werden solle. Namentlich ist dieß anzunehmen, wenn der Aussteller der Urkunde entweder eine Verpflichtung gegen den Inhaber des Documentes übernimmt, oder die Auflösung eines ihm zuständigen Rechtes zugesteht, oder endlich den Uebergang eines ihm bis dahin zugestandenen persönlichen oder dinglichen Rechtes auf den Inhaber anerkennt. Der Grund hiervon liegt darin, daß der Aussteller des Documentes in den angegebenen Fällen nicht sowohl ein Zeugniß gegen eine andere dritte Person ausstellt, als vielmehr

ein Geständniß ablegt, welches, wenn es wider die Wahrheit verstieß, wenigstens als eine gültige Verfügung über sein eigenes Vermögen aufrecht zu erhalten wäre.

Zunächst ergiebt sich hieraus, daß die von dem Beklagten beigebrachte Quittung die Zahlung der 800 Thlr. auf die Schuld der Ehefrau des Beklagten voll beweist. Weiter läßt sich aber auch bei einem consequenten Durchführen des oben aufgestellten Grundsatzes nicht bezweifeln, daß durch die gedachte Quittung auch die Zahlung der 800 Thlr. durch den Beklagten dargethan wird. Denn hätte der Aussteller der Quittung den Beklagten als denjenigen, von welchem er die Zahlung erhalten, wider die Wahrheit genannt, so hätte er sich dadurch einer Verbindlichkeit ausgesetzt, und da dieß an sich nicht wahrscheinlich ist, so spricht die von demselben ausgestellte Quittung eben so für die darin angegebene Person des Zahlenden, als für die Thatsache der Zahlung selbst. Ist hiernach für bewiesen anzusehen, daß der Beklagte dem Gläubiger seiner Ehefrau 800 Thlr. bezahlt und die letztere in so weit liberirt habe, so liegen alle Bedingungen vor, an welche die Gesetze den Anspruch des negotiorum gestor auf Ersatz des für den dominus negotii bezahlten knüpfen. Die vorige Instanz bestreitet dieß Bl. — Vol. III. aus dem Grunde, weil nicht zugleich dargethan sei, daß der Beklagte die 800 Thlr. verlagsweise für seine Ehefrau, oder, mit anderen Worten, aus eigenen Mitteln bezahlt habe. Insoweit hierbei darauf Bezug genommen wird, daß, wenn in der fraglichen Quittung ausdrücklich gesagt sei, es habe der Beklagte die fragliche Zahlung verlagsweise für seine Ehefrau geleistet, dadurch irgend ein Beweis nicht geführt werden könne, hat man der Meinung der vorigen Instanz beizutreten kein Bedenken getragen. In so weit aber neben der Thatsache der Zahlung durch den Beklagten auch noch der Beweis der Zahlung aus den Mitteln des Beklagten erfordert wird, hat man der Ansicht der vorigen Richter nicht beizupflichten vermocht. Denn daß der Beklagte die Zahlung aus seinem Vermögen geleistet habe, bedarf keines besonderen Beweises, sondern ist bis zum Beweise des Gegentheiles als wahr vorauszusetzen.

Träten in dem gegenwärtigen Falle nicht besondere Umstände hinzu, welche es gewissermaßen wahrscheinlich machten, daß der Beklagte die an den Gläubiger seiner Ehefrau bezahlten Gelder nicht aus seinen Mitteln hergegeben, sondern von seiner Ehefrau zuvor erhalten haben möchte, so würde der Gegenbeweis rücksichtlich der zur Frage stehenden Gegenrechnungspost an 800 Thlrn. für voll geführt zu achten sein. In gegenwärtigem Falle liegen aber dergleichen Umstände allerdings vor. Denn, wie die erste Instanz Bl. — Vol. III. mit Recht bemerkt, spricht gegen die Behauptung des Beklagten, daß seine Ehefrau zu Ende des Jahres 1843 nicht im Stande gewesen sei, die H...sche Schuld an 1000 Thalern zu bezahlen, die

von ihm selbst producirte Gegenbeweisurkunde sub E., zufolge deren die Ehefrau desselben in den letzten Monaten des Jahres 1843 von ihren Parcellenkäufen sogar eine Summe von 1801 Thlr. ausgezahlt erhalten hat. Bringt man dieses Moment weiter damit in Verbindung, daß auch sonst aus den Verhältnissen einige Vermuthung dafür streitet, daß der Beklagte die an H... bezahlten Gelder aus dem Vermögen seiner Ehefrau bezahlt habe, so erscheint es angemessen, zu Erledigung jeden Zweifels in dieser Beziehung, dem Beklagten einen solchen Eid, wie ihn die erste Instanz erkannt hat, aufzuerlegen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Adolph K. gegen Julius St. und Cons., vom Monat Januar 1856.) Z.

63.

Nach heutigem Rechte kann ein Ehemann während der Ehe die Zinsen des eheweiblichen Vermögens seiner Ehefrau überlassen, ohne daß diese Handlungsweise unter den Gesichtspunct einer verbotenen Schenkung fällt. — Wenn schon ein Anerkenntniß nach Befinden auch als selbstständiger Klaggrund behandelt und in der Voraussetzung, daß es in Gewißheit gesetzt wird, von einer näheren Prüfung der ursprünglichen Verbindlichkeit abgesehen werden kann, so findet dieß doch nur dann Statt, wenn diese Verbindlichkeit in rechtlicher Hinsicht keinen erheblichen Zweifeln unterworfen ist und blos Verträge oder andere factische Verhältnisse vorliegen, die von der Auslegung, welche die Betheiligten selbst ihnen geben, abhängen, so daß die Ungewißheit, in welcher die richterliche Beurtheilung rücksichtlich ihrer sich befindet, durch das spätere Anerkenntniß sich erledigt.

„Die vorige Instanz hat die Klage, insoweit sie auf das gesetzliche Nießbrauchsrecht Klägers an dem Vermögen seiner verstorbenen Ehegattin an und für sich gestützt ist, lediglich aus dem Grunde abgewiesen, weil dabei nicht zugleich bestimmt angeführt sei, daß Beklagte, als Erbin der Verstorbenen, durch die von dieser während der Ehe gezogenen Nutzungen ihres Vermögens wirklich bereichert worden sei. Wäre dieses der Fall, so ist angenommen worden, daß Kläger diese Nutzungen noch jetzt einklagen könne, weil die von ihm während der Ehe stillschweigend geleistete Verzicht auf dieselben als eine verbotene Schenkung untern Ehegatten zu betrachten sei. Dieser Ansicht würde nach römischem Rechte, insofern es sich um die Zinsen einer eingebrachten Mitgift (dos) handelte, Beifall zu geben sein. Allein auf den vorliegenden Fall kann sie keine Anwendung finden,

1) weil derselbe nach sächsischem Rechte, welches in Hinsicht auf die Vermögensrechte der Ehegatten von dem römischen merklich abweicht, zu beurtheilen ist, und
2) weil darin von einer eingebrachten Mitgift nicht die Rede sein kann.

Zu 1.

Schon in früheren Fällen, insbesondere in dem im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle Jahrg. 1849 S. 42 flg. erwähnten, hat das Oberappellationsgericht in seinen Entscheidungsgründen (S. 50 flg.) ausgeführt, daß nach heutigem Rechte ein Ehemann während der Ehe die Zinsen des eheweiblichen Vermögens seiner Ehegattin wohl überlassen könne, ohne daß diese Handlungsweise unter den Gesichtspunkt einer verbotenen Schenkung falle. Hier bedarf es daher nur einer nochmaligen kurzen Hinweisung auf den wesentlichen Inhalt jener Gründe. Nach römischem Rechte ging die dos in das Vermögen des Ehemannes über.

l. 7. §. 3. D. de jure dot. Si res in dotem dantur, puto in bonis mariti fieri.

l. 75. D. eod. l. 7. D. de fundo dotali.

l. 21. §. 4. D. ad municipal. Idem respondit, constante matrimonio dotem in bonis mariti esse.

l. 23. C. de jure dot. (5. 12.)

Daher war jede Handlung des Letzteren, wodurch er auf die Substanz oder die Nutzungen der dos verzichtete, als eine Verminderung seines eignen Vermögens anzusehen und, insofern dieß zu Gunsten der Ehefrau geschah, und diese dadurch bereichert wurde, einer wirklichen Schenkung unter Ehegatten gleich zu achten. Nach sächsischem Rechte aber hat der Mann lediglich einen Anspruch auf die Verwaltung und den Nießbrauch des Vermögens seiner Gattin, und wenn er auf die Nutzungen davon ganz oder theilweise verzichtet, ist es keine Hingabe, aus seinem Vermögen, sondern nur das Unterlassen einer Erwerbung, welche ihm, sofern er davon Gebrauch machen wollte, frei gestanden haben würde. Ueberdieß ist auch kein ausreichender Grund mehr vorhanden, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten so weit auszudehnen und mit dieser Strenge anzuwenden; denn bei den Römern beruhte es auf dem Herkommen und der Volkssitte, insbesondere weil man fürchtete, daß eigennützige Ehegatten die Zuneigung des Andern zu dem Ende, ihm durch Schenkungen sein Vermögen abzulocken, mißbrauchen, und nach erreichtem Zwecke oder nach fehl geschlagener Hoffnung die Ehe willkürlich wieder aufheben würden.

l. 1. 2. D. de donat. int. vir. et uxor.

Diese Rücksicht verliert aber heutzutage ihre Geltung, da die

Ehen nicht mehr aus freier Entschließung, sondern nur aus gesetzlich gebilligten Ursachen wieder getrennt werden dürfen.

Zu 2.

Kläger selbst giebt zu, daß das gesammte Vermögen seiner Ehegattin, folglich auch die Staatspapiere, deren Zinsen er nachträglich fordert, nur die Eigenschaft von Paraphernalgut gehabt habe, ferner, daß er jedweder Administration desselben sich enthalten und die Aushändigung der in deposito befindlichen Werthspapiere an seine Ehegattin unter seiner Concurrenz gestattet, sogar bedeutende Zinsbeträge davon, welche an ihn ausgezahlt worden, sofort ihr wieder ausgehändigt und überlassen habe, endlich, daß dieselbe die Coupons ihrer Staatspapiere jederzeit in ihrem Secretär gehabt, und er, Kläger, dieselben nie angerührt habe. Hiernach kann höchstens von einem zugebrachten Vermögen, in keinem Falle aber von einer dos im römischen Sinne, welche eine besondere Bestellung erfordert, unter diesen Ehegatten die Rede sein.

Dagegen hat die zweite Instanz die Klage, insoweit sie auf ein Anerkenntniß gegründet ist, aufrecht erhalten und auf den angetragenen Eid erkannt. Dieses Anerkenntniß ist mit den Worten angeführt:

> Ob nun wohl Beklagte, als Erbnachfolgerin der Ehegattin Klägers, ihre Verbindlichkeit zu Gewährung der oben unter 1—12 aufgeführten Zinsposten wenige Tage nach dem Tode ihrer Erblasserin gegen Klägern ausdrücklich anerkannt u. s. w.

Allein hier fehlt alle nähere Angabe, welche Verhandlungen vorausgegangen seien und in welcher Weise Beklagte sich zu dieser Verbindlichkeit bekannt habe, und es ist bemerkenswerth, daß, wo die Klage von um dieselbe Zeit Statt gehabten Verabredungen über die noch außenstehenden Zinsen und zugleich von den bereits erhobenen spricht, davon nichts erwähnt ist, vielmehr nur am Schlusse bei dem Uebergange zum Klagpetitum, gleichsam beiläufig, das angebliche Anerkenntniß berührt wird. Von diesem ist nun zwar dabei bemerkt, es sei „ausdrücklich" geschehen. Allein diese Bezeichnung kann doch, wenigstens wenn der Eid angetragen ist, nicht unter allen Umständen die Stelle eines speciellen Anführens ersetzen. Und wenn schon ein Anerkenntniß nach Befinden auch als selbstständiger Klaggrund behandelt, und in der Voraussetzung, daß es in Gewißheit gesetzt werde, von einer näheren Prüfung der ursprünglichen Verbindlichkeit abgesehen werden kann, so findet dieß doch nur dann Statt, wenn diese Verbindlichkeit in rechtlicher Hinsicht keinen erheblichen Zweifeln unterworfen ist, und blos Verträge oder andere factische Verhältnisse vorliegen, die von der Auslegung, welche die Betheiligten selbst ihnen geben wollen, abhängen, so daß die Ungewißheit, in welcher die richterliche Beurtheilung rücksichtlich ihrer sich befindet, durch das spätere Anerkenntniß sich erledigt. Gegenwärtig ist aber der Fall ganz anderer Art. Es ist nämlich in der Klage blos auf eine allgemeine Rechtsregel sich bezogen, und dieser gemäß gesagt, Beklagte habe ihre

Verbindlichkeit anerkannt. Hierin liegt kein Zahlungsversprechen, noch eine Genehmigung früherer unverbindlicher Handlungen, sondern lediglich eine Hinweisung auf die gesetzliche Verbindlichkeit, welche nach Klägers Meinung der Beklagten oblag, nach den obenbemerkten besonderen Umständen aber in Wirklichkeit nicht existirte. Demnach könnte das Anerkenntniß nur entweder

a) vergleichsweise und durch gütliche Vereinigung, oder

b) aus einem Rechtsirrthume erfolgt sein.

Zu a.,

Das Erstere ließe sich denken, wenn Beklagte z. B. gesagt hätte: Sie achte sich moralisch für verpflichtet, Klägern die fraglichen Zinsen zu gewähren, abgesehen davon, ob sie rechtlich dazu genöthigt sei, oder: sie thue es aus Rücksichten auf Klägers Person, aus Gründen der Billigkeit, um Weiterungen zu vermeiden u. dgl. m. Von allem dergeichen enthält aber die Klage keine Spur, und es ist damit um so genauer zu nehmen, da Kläger bestimmt versichert hat, diese bereits erhobenen Zinsen seien Gegenstand irgend einer Vergleichsverhandlung zwischen ihm und Beklagter nicht gewesen.

Zu b.,

Wenn dagegen Beklagte aus einem Rechtsirrthume, indem sie glaubte, jene Zinsen noch herauszahlen zu müssen, das Anerkenntniß erklärt hat, so ist dieß nach Lage der Sache ohne Wirkung, weil in einem solchen Falle das Gezahlte zwar nicht zurückgefordert, aber die Leistung, so lange sie nicht wirklich gewährt worden, nicht klagend geltend gemacht werden kann, es wäre denn, daß es sich um eine Bereicherung des im Irrthume befangenen Theiles handelte.

l. 7. und 8. D. de jur. et fact. ignor.

l. 11. und 13. Cod. eod.

Insbesondere gilt dies von Frauenzimmern, welchen ein error juris nicht angerechnet wird.

l. 8. cit. l. 9. D. eod. l. 11. 13. C. cit.

Daß aber das letztgedachte Erforderniß, nämlich eine Bereicherung der Beklagten, in vorliegendem Falle aus der Klage nicht genügend zu ersehen sei, ist bereits in voriger Instanz nachgewiesen worden, und steht gegen Klägern rechtskräftig fest.

Man kann zwar gültiger Weise eine Nichtschuld als Schuld anerkennen, aber nur, wenn es wissentlich und wohlbedächtig geschieht,

l. 53. D. de reg. jur.

und das Anerkenntniß, auch wenn man es aus dem Gesichtspuncte eines constitutum und als Befestigungsmittel einer Verbindlichkeit betrachten will, setzt doch immer voraus, daß eine solche wirklich bestehe.

l. 1. §. ult. l. 3. §. 1. l. 5. §. 2. D. de pecun. constitut.

Aus dem Vorhergehenden leuchtet von selbst ein, daß der Bl. —

angeführte Grund, der klagbar gemachte Anspruch beruhe nicht auf einem verbotenen Rechtsgeschäfte, nicht ausreicht, um die gegen die Schlüssigkeit des Klaganführens vorliegenden Bedenken zu beseitigen.

Demnach war, jedoch wegen Wechsels der Entscheidungen unter Compensation der Unkosten des Rechtsmittels, die Entscheidung erster Instanz wieder herzustellen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen M. S. gegen A. O., vom Monat Januar 1856.) L.

III.

Ueber den Sinn und die wahre Bedeutung der „vitia" quae „ex ipsa re" oriuntur in L. 15. D. locati conducti, XIX, 2.

Vom Herrn **Dr. Bernhard Emminghaus**, vortragendem Rathe im Großherzogl. Staatsministerium, Dep. der Finanzen, in Weimar.

„Si vis tempestatis calamitosae contigerit," — sagt Ulpian (Lib. XXXII. ad Edict.) im §. 2. der obigen Digestenstelle, — „an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, utputa fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat:"

> „si qua tamen vitia" — fährt er dann fort, — „ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse; utputa si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint; sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur: sed et si uredo fructum oleae corruperit, aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse; idemque dicendum si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulerit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit."

Wie nun sind die hier erwähnten „vitia ex ipsa re“ zu verstehen? Sind den Worten und dem Zusammenhange nach vitia des Pachtstückes, oder vitia der darauf erzeugten Früchte darunter zu denken? Wie geeigenschaftet müssen überhaupt diese vitia sein, um sagen zu können, daß der Verpachter sie nicht zu vertreten habe, insbesondere einem Anspruche auf Pachtgelderremiß nicht ausgesetzt sei? — Ueber dieses Alles ist unter den Rechtsgelehrten von jeher Streit gewesen. —

Wahr ist es: — eine allseitige Verständigung darüber wird kaum je erreicht werden. Vor Allem stellt sich schon in der zweifelhaften Interpunction ein schwer zu beseitigendes Hinderniß entgegen. Denn freilich gelangt man bei der Auslegung unseres Textes zu sehr von einander abweichenden Ergebnissen, je nachdem erst nach den Worten: praestare cogatur ein Kolon oder Punktum gesetzt wird, oder schon nach dem Worte: coacuerit. Wer aber würde vermögen, diesen Zweifel mit voller Zuversichtlichkeit zu entscheiden? Weiter gebraucht der Jurist bei der Exemplificirung der vorgetragenen Sätze eine Reihe von Worten, Bezeichnungen und Ausdrücken, deren grammatikale und verbale sowohl, als sachliche Bedeutung untrüglich festzustellen gleichfalls so manche Schwierigkeiten darbietet; es mangelt auch in dieser Hinsicht an einem ganz zuverlässigen Schlüssel.

Sollen indeß — wie dieß eben bei gar vielen, römischrechtlichen Controversen unvermeidlich ist — auch hier Gründe als ausreichend angesehen werden, bei welchen zuletzt eine mehrere oder mindere Probabilität allein den Ausschlag giebt, so will es fast scheinen, als ob neuerdings eine Doctrin immer mehr Boden gewönne, welche den Vorzug, den sie vor einer andern, gleichfalls erst wenige Jahrzehende alten, in Anspruch nimmt, keineswegs verdiene. In der That dürfte diese andere Doctrin nur darum noch nicht zu der ihr gebührenden vollen Geltung gelangt sein, weil, soviel uns bekannt, bis jetzt noch niemand es unternommen, sie näher zu begründen, oder auch nur die Bedenken zu prüfen und zu widerlegen, welche hin und wieder gegen sie angeregt worden sind. — Dieß ist es, was uns veranlaßt, die Aufmerksamkeit auf obige Streitfrage von Neuem hinzulenken.

Viele hatten bekanntlich die vitia quae ex ipsa re oriuntur ganz allgemein für solche erklärt, welche aus dem Pachtgrundstücke selbst und dessen fehlerhafter Beschaffenheit hervor-

gehen. So unter den Aeltern, z. B. E. G. Ryssel,[1] Lauterbach,[2] Klaproth,[3] von den Neueren namentlich noch Glück.[4] Diese vitia pflegten dann auch wohl für gleichbedeutend genommen zu werden mit den vitia soli, von welchen in L. 62. D. eod.[5] die Rede ist. — Hier subsumirt jedoch Paulus namentlich die Erdfälle (labes) unter die vitia soli, während Ulpian die labes, und ganz ebenso die terrae motus, ausdrücklich zu den vom Verpachter zu vertretenden vitia rechnet. Folglich kann mit den vitia ex ipsa re und mit den vitia soli unmöglich das Nämliche gemeint sein. — Einfach an den Buchstaben der Textesworte sich anschließend, vermochte jene wörtliche Uebertragung zur Erklärung des Sinnes unsers Textes überhaupt schon deßhalb nichts beizutragen, weil die Lehre vom Pachtgelderremiß es mit den verpachteten Grundstücken und deren Mängeln und Fehlern unmittelbar überall gar nicht zu thun hat. Daß ein locirter Fundus nicht so beschaffen, nicht so geeigenschaftet ist, wie der Pachter, nach der beim Verpachter vorauszusetzenden bona fides und sonst, dieß zu erwarten berechtigt war, kommt nur in Betracht bei der Frage von der Gewährleistungs-, und je nachdem der konkrete Fall dazu angethan ist, bei der Frage von der Schadenersatz-Pflicht des Lokators. Unter Umständen wird auch sie blos zur Herabsetzung oder zum gänzlichen Hinwegfall des Pachtzinses führen können, — wie denn z. B. wer einen Weidefleck verpachtete, wo giftige Kräuter wachsen, deren Genuß dem Viehe des Pachters nachtheilig geworden, ist, wenn ihm die Schaden verursachende Qualität des Pachtstückes bekannt war, das volle Interesse prästiren muß, war sie ihm aber unbekannt, blos das Pachtgeld nicht fordern darf.[6] Das Substrat der Lehre vom

1) In Diss. inaugur. de pensionis ob sterilitatem remissione, Helmst. 1677. §. 24.

2) Collegium Pandectarum theoretico-practicum. P. I. Lib. XIX. tit. 1. §. 83.

3) Von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge u. s. w. 2r. Thl. 3. Ausg. S. 940.

4) Erläuterung der Pand. 17. Thl. §. 1056. S. 449. Not. 33.

5) Labeo Libr. I. Pithanor. „Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: „immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum: si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum."

6) L. 19. §. 1. D. loc. cond. „aliter atque si saltum pascuum locasti,

eigentlichen Pachtgelderremiß hingegen bilden lediglich die auf den Pachtstücken erzeugten verderbten Früchte.

Gewiß mit vollem Rechte hob, nächst Albert,[7] welchem das Verdienst gebührt, den quellenmäßigen rechtlichen Unterschied zwischen der Gewährleistungs- und der Pachtzinsremissions-Pflicht, sowie zwischen der Pachtgelderremission wegen eines casus, der die Substanz des locirten Fundus, und wegen des Zufalls, welcher die darauf anstehenden Früchte trifft, recht bestimmt nachgewiesen zu haben, — Sell[8] dieß hervor. Indem aber Sell in den vitia quae ex ipsa re oriuntur Früchte-Mängel erblickte, die durch Sorgfalt des Pachters hätten verhütet werden können, dem Pachter daher auch nur unter dieser Voraussetzung den Pachtgelderremiß auf dem Grunde unseres Textes versagt wissen wollte,[9] zog er damit allerdings eine Theorie wieder an das Licht, die schon in älterer Zeit zahlreiche Vertheidiger gefunden hatte, ja als die im 16. und 17. Jahrhunderte fast allgemein gangbar gewesene bezeichnet werden darf. Denn noch Gregor Lopez[10] und Gerhardt Noodt[11] hielten sie für die unumstößlich richtige, und auch Voet[12] ist ihr noch zugethan. Inzwischen fand diese Auffassung bei Sell's Zeitgenossen nur geringen Anklang. Bergen konnte man sich nicht, daß, obschon die culpa des Pachters allerdings jede Remission, die ja nur bei einer „vis, cui resisti non potest“ Platz greifen soll, ausschließt, die Worte: „si qua tamen vitia“ bis „damnum domini futurum“ nicht die entfernteste direkte Andeutung von einem solchen Verschulden, welches im Mittel gelegen haben müsse, enthalten.

Im Ganzen genommen theilen sich vielmehr die Rechts-

---

in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur si scisti: si ignorasti, pensionem non petes.“

7) Ueber Remissionsentsagung des Pächters und Verpachtung in Bausch und Bogen ohne Gewähr. Halle 1821. §§. 39 — 47. S. 39 flg.

8) Archiv f. civilist. Praxis Bd. 20. S. 202. S. 204 flg.

9) Ebendas. S. 209 flg.

10) Animadversiones juris cap. XVI. (in Otto, Thesaur. jur. roman. Tom. III. Lugd. Batavor. 1727. p. 466).

11) Commentar. ad L. 15. D. loc. cond. (in Ejusd. Opera omn. Tom. II. Colon. Agripp. 1732. p. 332).

12) Commentar. ad Pandect. Tom. III. Hal. 1778. p. 543.

lehrer, die mit unserer Kontroverse sich beschäftigen, gegenwärtig nur noch in zwei Lager. Die Einen nämlich unterstellen bei den vitia, quae ex ipsa re oriuntur, bald, wie Thibaut,[13] den Fall, wenn die Früchte „gleichsam durch sich selbst verderben," weil bei der Remission „nur das von Außen kommende Unglück in Betracht gezogen werde," bald, wie Roßhirt[14] „ein Mißgeschick, welches nicht in einem Naturereignisse, sondern in dem organischen Wachsthume der Früchte liege," bald, wie besonders Sintenis,[15] welchem dann allerneuest auch R. Jacobi[16] sich angeschlossen hat, „einen Mißwachs oder ein Verderben der Früchte von innen heraus," so daß dabei ein Ausfall oder ein Verderben vorausgesetzt werde, „welches nicht in einer vom Verpachter zu vertretenden fehlerhaften Beschaffenheit des Pachtstückes selbst seinen Ursprung finde," vielmehr, wie Sintenis hinzufügt, „häufig mit juristischer Evidenz unmöglich aufzuklären sei," oder, wie Jacobi sich ausdrückt, „vitia, die aus einer debilitas hervorgehen, für welche der Regel nach kein äußerer Grund sichtbar ist." Die Anderen dagegen, z. B. Mühlenbruch,[17] von Vangerow,[18] Weiske,[19] von Holzschuher[20] verstehen darunter einen schlechten Ertrag der Früchte, von welchem die „eigenthümliche," die natürliche," die „fortdauernde Beschaffenheit," oder die „schlechte Beschaffenheit und Lage" des Pachtfundus die Ursache ist, oder, wie am bezeichnendsten wohl Unterholzner,[21] auf welchen die drei zuletzt Genannten auch vorzugsweise verweisen, sagt: „Frucht-Schäden, welche durch Naturereignisse herbei-

13) in H. Froben, Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Rechts. Ein Commentar zu Thibauts Pandekt.-Recht, Abth. 2. S. 46. unter Ziff. 2.

14) Gemein. deutsch. Civil-Recht, Th. 2. S. 452. unter lit. b.

15) Das Prakt. gemeine Recht, Bd. 2. §. 118. S. 662—664, besonders in Not. 74. S. 663.

16) Ueber Remiss. des Pachtzinses nach römisch. und preuß. Recht, Weimar, 1856, S. 29—33.

17) Lehrbuch des Pand.-Rechts. Halle 1836. §. 414. Not. 5.

18) Leitfad. z. Pand.-Vorlesung, Bd. 3. §. 641. Anmerk. i. S. 421.

19) im Rechtslexikon Bd. VII. S. 777. besonders Not. 202.

20) Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts, Bd. II. Abth. 2. S. 763 u. S. 766.

21) Lehre des römisch. Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgeg. von Huschke, Bd. 2. §. 501. S. 318. 338 flg. u. S. 339. Not. h.

geführt sind, deren nachtheilige Wirkung in der besonderen Beschaffenheit der verpachteten Sache, des bestimmten Pachtstückes, ihren Grund haben, so, daß sie auch dann noch übrig bleiben, wenn man jene besondere Beschaffenheit des Pachtstückes in Anschlag bringt.“ — Beide Anschauungsweisen unterstellen demnach zwar übereinstimmend einen Ausfall an Früchten, bei welchem dem Lokator so wenig, als dem Conduktor ein Verschulden zur Last fällt, einen Unfall also, der weder für jenen, wegen vertragswidrigen oder überhaupt kulposen Gebahrens, eine Haftpflicht zu Wege bringt, noch diesen seines Remißanspruches ausnahmsweise verlustig gehen läßt. Allein sie weichen wesentlich darin von einander ab, daß die erstere Anschauungsweise Unfälle im Auge hat, welche bei jedem Früchte erzeugenden Grundstücke ohne Unterschied sich sollen ereignen können, die zweite hingegen solche, welche stets durch die Individualität, durch die habituelle specifische Beschaffenheit des einzelnen Pachtfundus bedingt sind.

Mit den Worten: „si qua vitia ex ipsa re oriantur“ an und für sich selbst möchte sich nun der eine wie der andere Gedanke der Hauptsache nach gleich gut haben ausdrücken lassen. Verbunden mit den darauf folgenden: „si vinum coacuerit“ würden sie sogar, wenn die Worte: „si raucis“ etc. wirklich, wie de Amaya,[22] Pothier[23] u. A. annehmen, und wogegen, beiläufig gesagt, sprachlich kaum ein so großes Bedenken obwalten dürfte, wie man dieses wohl hat finden wollen,[24] — einen neuen, mit den Worten „damnum domini futurum“ endigenden Satz beginnen sollten, um so mehr auf ein von der Bodenbeschaffenheit unabhängiges, wenigstens durch diese nicht nothwendig bedingtes, Verderben der Früchte hinzudeuten scheinen, da bei einer Saat, die durch Erdwürmer beschädigt, oder durch Unkraut erstickt worden ist, mit viel geringerem Rechte als vom Weine, der, gleichviel ob am Stocke, oder bereits vom Stocke getrennt, von einem solchen Verderben geredet werden könnte, be-

22) Opera juridic. Lib. III. cap. III. §. 27. u. 28. (Lugd. 1667. p. 591).

23) Pandectae Justinian. Tom. II. Paris 1818. p. cit. sub LI. S. auch Kritz, Pandekt.-Recht 1. Th. 2r. Bd. S. 272.

24) Jacobi, a. a. O. S. 31.

deutet aber vinum quod coacuit Wein, der erst, als die Trauben gelesen waren, oder wohl gar erst auf dem Fasse sauer wurde, eine die Säuerung verursachende Einwirkung der eigenthümlichen Bodenqualität des Weinberges, woselbst er gewachsen, dabei kaum würde angenommen werden dürfen.

Inzwischen haben Ulpian und sein Gewährsmann Servius bei dem vinum quod coacuit doch wohl richtiger eine vindemia pendens im Sinne gehabt. Mehr als ein Umstand macht dieß glaubhaft. Einmal kommen bei der Pachtgelderremißfrage überhaupt tadellos erwachsene, erst nach erfolgter Aberntung verdorbene Früchte niemals in Betracht; es ist also nicht wahrscheinlich, daß der Jurist den Lehrsatz, den er hier aufstellte, lediglich mit einem Beispiele belegt habe, welches einem von bereits eingeernteten Früchten gewonnenen Erzeugnisse entnommen worden wäre.[25]. Sodann sollen zwar neuere Erfahrungen[26] der Möglichkeit des Sauerwerdens des Weines am Stocke entschieden widersprechen. Allein begreiflich kann es nicht darauf ankommen, ob frühere Annahmen vom Gegentheile richtig waren oder nicht, sondern nur darauf, ob Servius und Ulpian sich veranlaßt finden durften, der gegentheiligen, wenngleich vielleicht irrigen, Annahme beizupflichten. Römische Weinzüchter müssen aber solch' ein Sauerwerden allerdings für möglich gehalten und nicht eben selten beobachtet haben. Davon giebt, — wenn auch nicht der von Glück[27] citirte Cato, bei welchem wir nichts Einschlägiges gefunden haben, — doch ein anderer bewährter römischer Landwirthschaftskundiger — Columella[28] — deutliches Zeugniß; seine hierher bezügliche Aeuße-

25) Einem abweichenden Ideengange folgt Kritz, welcher S. 271 a. a. O. davon ausgeht: das specielle „si vinum coacuerit," genereller für das Verderben bereits gewonnener Früchte genommen, führe zu der Ueberzeugung, daß der Verlust, der eine vom Boden getrennte Frucht treffe, unbedingt der Pachter über sich ergehen lassen müsse, und dann weiter bemerkt: ein aus der Frucht selbst sich entwickelndes Verderben (vitium ex re ipsa) sei nur denkbar bei fructibus jam perceptis.

26) Vergl. Sell a. a. O. S. 207.

27) a. a. O. S. 449. Not. 33.

28) S. in Lib. XII. de re rustica, cap. 26.: „In quo agro vinum acescere solet, curandum est, ut cum uvam legeris et calcaveris" etc.

rung aber ist um so bemerkenswerther und fällt gerade hier um so mehr in's Gewicht, da sie zugleich nicht undeutlich zu erkennen giebt, daß man das Sauerwerden der Trauben am Stocke der Bodenbeschaffenheit zuzuschreiben geneigt war. Liegt es nun, wie schon gesagt, zugleich näher, daß die durch raucae, — nach Plinius[29] eine Art Würmer, welche nur in den Wurzeln des Eichbaumes sich erzeugen, — sowohl, als die durch gleichfalls meist blos lokal vorkommende herbae angerichteten Beschädigungen an den Saaten und Früchten, statt aus einem, schon seinem Begriffe nach so schwankenden, „innerlichen Verderben,“ aus der eigenthümlichen Bodenbeschaffenheit des Pachtstückes zu erklären und herzuleiten; so führt damit schon ein keineswegs gering zu achtendes formelles Moment darauf hin, unter „vitium“ einen gänzlichen oder theilweisen Ausfall an Früchten, unter der „ipsa res“ einen bestimmten locirten Fundus in seiner eigenthümlichen, stabilen Verfassung und durch örtliche Unabänderlichkeit bedingten Lage gedacht, und somit unter den „vitia, quae ex ipsa re oriuntur“ ein solches mangelhaftes oder schlechtes Erzeugniß zu begreifen, wie es vermöge der natürlichen Beschaffenheit und örtlichen Verfassung des Pachtstückes nicht auffällig gefunden werden darf, und worauf jeder einsichtige Pachter im Voraus gefaßt sein mußte.

Dazu kommen dann aber noch verschiedene innere, wenn es so zu sagen erlaubt ist, aus der juristischen Logik geschöpfte Gründe, welche die zweite, nicht aber die erste der oben zuletzt erwähnten beiden Theorien als annehmbar erscheinen lassen. — Durch Naturereignisse herbeigeführte Beschädigungen der auf den Pachtstücken anstehenden Früchte müssen, — sollen sie dem Pachter einen rechtlichen Anspruch geben auf Pachtgeldernachlaß, — theils wirklich erhebliche (damnum intolerabile), theils solche sein, welche das Ereigniß als ein ungewöhnliches, außerordentliches (extra ordinem), als eine vis major[30]) kennzeichnen. Wie nun, wenn man mit den Gegnern der uns beifallswürdig scheinenden Doktrin die Möglichkeit des thatsächlichen Zusammen-

29) Historia natural. Lib. XVII cap. XVIII. verb.: „Olea ubi quercus effossa sit, male ponitur, quoniam vermes, qui raucae vocantur, in radice quercus nascuntur et transeunt.“

30) L. 25. §. 6. hoc tit.

treffens dieser beiden Erfordernisse bei dem sogen. innerlichen Verderben der Früchte zugiebt, gleichwohl aber keinen Remißanspruch dabei statuirt? Müßte dann nicht die Vorschrift, daß der Pachter, wenn er durch Häherfraß (graculi), Staarenfraß (sturni), oder Heuschreckenfraß (locustae[31]) Schaden erleidet, Anspruch auf Pachtgelderremiß haben, wurden dagegen durch Wurmfraß seine Saaten vernichtet, den Schaden selbst tragen soll, als eine höchst auffallende, weil rein willkürliche sich darstellen? Insoweit würden Die, welche zu Vermeidung einer solchen Inkonsequenz, mit den Worten „si vinum coacuerit" den mit „si qua tamen vitia ex ipsa re causa" beginnenden Satz geschlossen, nach „segetes corruptae sint" ein Semikolon statt eines Punktums gesetzt wissen wollen und mit „si raucis" etc. eine neue Periode beginnen lassen,[32] nicht eben übel fundirt sein. Geht man mit Sintenis und Jacobi davon aus, das sogen. innerliche Verderben sei ein solches, welches sich mit juristischer Evidenz häufig gar nicht genügend erklären lasse, oder wobei in der Regel kein äußerer Anlaß sichtbar sei, so möchten wir fragen: ob denn in allen Beispielen, welche der Jurist für Fälle des Verderbens der Früchte, welches als das Gegentheil von einem innerlichen, also als ein äußerliches bezeichnet werden müßte, anführt, ein äußerer Anlaß erkannt und unwiderleglich nachgewiesen werden möge? So insbesondere beim Rost oder Gewächsbrand (uredo) — den freilich Sintenis,[33] der gesetzlichen Bestimmung zuwider, den Ursachen des innerlichen Verderbens in seinem Sinne beizählt. Wohl wissen die Scriptores Romanorum de re rustica auch über die Entstehung der uredo bereitetste Auskunft zu ertheilen; sie erklären dieselbe aus besonderen Witterungsverhältnissen und Witterungseinflüssen.[33a] Ebenso werden von ihnen gegen den Gewächsbrand so gut, wie gegen die den Saaten und Früchten schädlichen Gewürme[34] den Land-

31) L. 18. C. de locato et conduct. IV. 65.

32) Vergl. die Noten 23. u. 24.

33) a. a. O. S. 662. verb. „z. B. der Brand im Getraide."

33a) S. Plinius, l. l. Lib. XVIII. cap. XXVIII. verb.: „Plerique dixere, rorem inustum sole acri, frugibus rubiginis causam esse, et carbuncusi vitibus. Quod ex parte falsum arbitror, omnemque uredinem frigore tantum constare, sole innoxio."

34) Columella. l. l. II. cap. 9. u. Lib. XI. cap. 3.

bebauern verschiedentliche Schutzmittel an die Hand gegeben.[35] Indeß nicht von den Entstehungsgründen der vitia, auch nicht von den möglichen Schutz- oder Vorbeugungsmitteln gegen dieselben, handelt es sich bei deren beliebter Eintheilung in interna et externa, sondern von der Art und Weise, wie die vitia auf die Saaten und Früchte einwirken; und hiernach läßt sich das Verderben der Saaten durch uredo wohl unstreitig mit ebenso vielem Rechte als ein innerliches bezeichnen, als das durch raucae oder durch herbae herbeigeführte.[36] Uebrigens findet sich statt: raucae hin und wieder[37] die Lesart erucae. Die Richtigkeit dieser Lesart angenommen, würde unter dem innerlichen Verderben auch nicht etwa ein aus subterranen Ursachen zu erklärendes verstanden werden können. Denn erucae sind nach dem Zeugnisse von Plinius[38] Würmer, welche im Laube der Bäume, insbesondere des Oelbaumes, durch feuchte und anhaltende Wärme sich erzeugen.

Eine andere Gestalt gewinnt die Sache, sobald man den Worten: „si qua vitia ex ipsa re oriantur“ den vorhin von uns angedeuteten Sinn unterlegt, also an Mißernten dabei denkt, in welchen der Regel nach etwas Auffälliges oder Außergewöhnliches deßhalb nicht erblickt werden darf, weil sie von Grundstücken herrühren, die schon vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit und Lage nur einen unsichern, mehr als gewöhnlich ungewissen Ernteertrag in Aussicht stellten. Sell[39] meint zwar, Ulpian erwähne neben den besonders hervorgehobenen drei Beispielen von vitia ex ipsa re gleich darauf noch andere, die, obschon sie gleichfalls aus der Lage und Beschaffenheit

---

35) Columella, de cult. hortor. Lib. X. vers. 340 — 345. u. Lib. de arborib. cap. 13. Palladius, de re rustica. Lib. I. tit. 35.

36) „Quae enim differentia potest dari“ — sagt de Amaya, l. l. cap. III. §. 28. — „inter corruptionem segetum provenientem ex raucis aut herbis, an ex uredine, quae etiam corrumpit sicut rauca?“

37) Vergl. Glück, a. a. O. S. 450. Not. 34.

38) Historia natural. Lib. XVII. cap. XXIV. „Sunt ex eadem causa (imbre) nascentes et erucae, dirum animal, erodiuntque frondem, aliae florem, olivarum quoque ut in Mileto — nascitur hoc malum tempore humido et lento.“

39) a. a. O. S. 217.

des Bodens hervorgingen, dennoch für solche erklärt würden, welche geeignet seien, einen Remissionsgrund abzugeben. Damit könnte, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte, unsere Auslegung allerdings in ein zweifelhaftes Licht gestellt werden. Allein zum Beleg für seine Behauptung zieht Sell lediglich die „labes" an, deren der Jurist gleich nach den Worten: „si raucis aut herbis segetes corruptae sint" gedenkt. Sollte nun unter diesem Ausdrucke auch wirklich nicht, wie Cujacius[40] u. A. glauben, eine durch ungewöhnlichen Sturm und Regen herbeigeführte Krankheit der Bäume, sondern, nach Sell's Annahme ganz ebenso wie zuverlässig in L. 62. D. eod. ein Erdfall — chasma — hier verstanden werden müssen; so dürfte doch schwerlich irgend Jemand Erdfälle, so unstreitig sie auch eine eigenthümliche Grundstückslage und Bodenbeschaffenheit supponiren, anderen als den sehr außergewöhnlichen und solchen Naturereignissen beizuzählen geneigt sein, denen, soviel sich im Voraus bemessen läßt, das eine Grundstück so gut, aber auch so wenig als das andere ausgesetzt ist.

Die Römer, scheint es, wollten den Remißanspruch, der überhaupt blos aus der aequitas,[41] nicht aus dem strengen Civilrechte abgeleitet wurde, nicht auf Ernte-Ausfälle ausgedehnt wissen, welche bei der Bemessung des verwilligten Pachtzinsbetrages im Zweifel bereits berücksichtigt worden waren; sie wollten die Regel, daß nur in außerordentlichen Fällen Remiß einzutreten habe, auch nach dieser Richtung hin gewahrt sehen. Auch in anderen Gesetzstellen spricht sich dieß deutlich aus. So im §. 5. unserer L. 15.,[42] nach welchem auf den durch das Alter der auf dem Pachtstücke anstehenden Weinstöcke geursachten geringen Ertrag kein Remißanspruch zu gründen ist; woraus denn zugleich, wenn es nicht schon sonst aus den Gesetzen hervorginge, ersichtlich sein würde, daß die Obliegenheit des Lokators, dem Conduktor für das uti frui licere einzustehen, die Haftpflicht für den

---

40) Observation. et emendation. Lib. XV. cap. XXVIII. (in Ejusd. oper. Tom. II. Lutet. Paris. 1637. p. 453). Ebenso: Noodt, l. l. pag. 332. und Pothier, l. l. not. 14.

41) Gut nachgewiesen bei Jacobi, a. a. O. S. 22.

42) verb. „novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur."

vollen Früchte-Bezug nicht in sich schließt.[43] Wozu hätte es auch, wäre dem anders, der Einführung einer gesetzlichen Remissionspflicht durch besondere Vorschriften bedurft? Ueberhaupt ist nichts natürlicher, als dieses. Die Ertragsfähigkeit aller zum Landbau bestimmten Grundstücke ist nach Verschiedenheit der Oertlichkeit und Bodenbeschaffenheit, der klimatischen und atmosphärischen Verhältnisse, der mehreren oder minderen Sorgfalt und Einsicht, des mehreren oder minderen Fleißes, die auf die bisherige Behandlung verwendet wurden, an und für sich selbst verschieden. Sache des Pachters ist es, dieselbe, bevor er pachtet, nach Möglichkeit zu erforschen und zu prüfen. Täuschte er sich dabei, so wird er allenfalls wegen einer etwa vorliegenden Verletzung über die Hälfte, nicht aber regelmäßig auch auf das id quod interest, auch nicht auf Pachtgelderremiß klagen können. Die bloße Sterilität des Pachtstückes, möge sie herrühren, woher sie immer wolle, kann so wenig für ein vitium gelten, rücksichtlich dessen der Pachter gesetzlich Gewähr zu leisten hätte, als sie einen gesetzlichen Remissionsgrund abzugeben vermag.[44]

Hiernach dürfte denn auch die altherkömmliche Interpunktion, wie sie oben beim Abdrucke unserer Stelle beibehalten wurde, für die allein richtige zu halten sein, da die davon abweichende, deren wir Erwähnung thaten, den wahren Sinn unseres Textes nur entstellen würde. Es folgt aus dem Gesagten aber auch weiter, daß der ferneren Annahme Sell's,[45] nach welcher, wenn durch nachweisliche außerordentliche und unabwendbare Naturereignisse eine ungewöhnliche Menge von Würmern oder schädlichen Kräutern auf dem Pachtstücke entstanden sein und die Saaten zu Grunde gerichtet haben sollte, — der entgegengesetzten Behauptung Jacobi's[46] ungeachtet, — Pachtgelderremiß ein-

43) Jacobi, a. a. O. S. 15.

44) Albert, a. a. O. S. 31. bei lit. a. a. E. — Sintenis, a. a. O. Not. 74. — Wenn dagegen Kritz, a. a. O. S. 272. bei Not. **), aus dem Umstande, daß der Verpachter für die Qualität des Bodens nicht einzustehen hat, und die Kärglichkeit der Production an und für sich keinen Entschädigungsanspruch involvirt, weiter folgert, es könne unter vitia ex ipsa re nur ein Verderben schon percipirter Früchte verstanden werden; so möchte die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung doch ihre Bedenken haben.

45) a. a. O. S. 210. Not. 45.

46) a. a. O. S. 32.



treten müsse, allerdings beizupflichten sei. Dieß jedoch nicht, weil die Deutung, welche Sell unserem Texte giebt, gebilligt werden könnte, sondern weil Ulpian, indem er lehrt, daß vitia, quae ex ipsa re oriuntur keinen Remißanspruch begründen, Pachtstücke unterstellt, bei welchen diese vitia nicht zu den ungewöhnlichen zählen, vielmehr heimisch dort sind, läge dagegen im konkreten Falle das Hereinbrechen eines gleichartigen Uebels in Gestalt einer wirklichen vis major erwiesen vor, die Unterstellung Ulpian's nicht zuträfe, und somit die Anwendbarkeit der allgemeinen gesetzlichen Regel von der Zinsremißpflicht des Lokators bei durch vis major verursachten bedeutenden Früchte-Beschädigungen unbedenklich wäre.

IV.

Zur Geschichte der allgemeinen Städteordnung für das Königreich Sachsen.

Vom Herrn Oberappellationsrath a. D. **Dr. Petschke** in Dresden.

(Fortsetzung von Bd. XIV. N. F. S. 457.)

XIV.

In Folge der im vorigen Abschnitte erwähnten, bezüglich an die Kreis- und Amtshauptleute und von diesen wieder an die Stadträthe und Communrepräsentanten erlassenen Verordnungen und Bescheidungen, war zum Wahlorte aus den mittlern Städten des meißner Kreises, Meißen, des Leipziger Kreises Döbeln, des erzgebirgischen Annaberg, des voigtländischen Kreises Plauen, und für die Oberlausitz Budissin, ferner aus den kleinen Städten des meißner Kreises Radeberg, des leipziger Kreises Waldheim, des erzgebirgischen Buchholz, des voigtländischen Lengefeld, und in der Oberlausitz Pulsnitz ausersehen, wie auch ebendaselbst vorschriftmäßig gewählt worden. Am 15. Juni 1831 legitimirten sich demnach als von den Communrepräsentanten dieser Städte ernannte Deputirte: der Stiftsbaumeister Glück aus Meißen, der Kaufmann Schwabe aus Döbeln, der Bergamtsauditor und Advocat Seelig aus Annaberg, der Advocat Meißner aus Plauen, der Färber- und Mandlermeister Geyer aus Budissin, der Kaufmann Thieme aus Radeberg, der Tuchhändler Pfeil aus Waldheim, der Posamentirer Blüher aus Buchholz, der Kaufmann Rollmann aus Lengefeld und der Färbermeister Kegel aus Pulsnitz, so wie späterhin als Ersatzmänner wegen bei vier dieser Deputirten momentan einge-

tretener Behinderungen: der Gasthofsbesitzer Herbst aus Meißen, der Vorwerksbesitzer Hache aus Radeberg, der Kaufmann Wehner ebendaher und aus Pulsnitz der Kaufmann Wüstner.

Die Verhandlungen mit den genannten Deputirten begannen folgenden Tages, als am 16. Juni, nachdem der Amtsactuar Grille in deren Gegenwart zu Führung des Protocolls verpflichtet worden war, wurden von da an in meist vierstündigen Sitzungen, an allen Wochentagen, zum Theile Vor- und Nachmittags, fortgestellt und am 30. desselben Monats geschlossen.

Sogleich bei Eröffnung der Verhandlungen gab der ernannte Commissar den anwesenden Deputirten, um ihnen die Stellung zu bezeichnen, welche sie weiterhin einzunehmen hätten, zu erkennen: sie wären auf allergnädigsten Befehl Sr. Majestät des Königs und Sr. Königl. Hoheit des Prinzen Mitregenten, berufen, sowohl um über die Hauptzwecke des ihnen zugefertigten Entwurfs einer allgemeinen Städte-Ordnung für Sachsen verständigt zu werden und die ihnen etwa nöthigen Erläuterungen und Aufschlüsse über die darin enthaltenen Vorschriften und deren Bewegungsgründe zu erhalten, als **hauptsächlich**, um von ihnen nicht nur die in ihren Städten, sondern auch, in soweit sie davon unterrichtet worden, in den übrigen städtischen Communen ihres Kreises vorwaltenden Ansichten, Wünsche und Gutachten in Beziehung auf den gedachten Entwurf zu vernehmen und die nöthigen Berathungen mit ihnen darüber zu pflegen. Sie würden sich bescheiden, daß ihnen, nach der bis jetzt noch in anerkannter Wirksamkeit bestehenden ständischen Landes-Verfassung und ihrer Stellung, **ein Recht**, ihre Erklärungen über diesen Entwurf der allgemeinen Städte-Ordnung abzugeben und auf Abänderungen desselben anzutragen, gegenwärtig noch nicht zukomme. Auch sei derselbe bereits durch einen Ausschuß der bei dem Landtage versammelten Stände von Land und Städten erwogen und begutachtet worden. Die landesväterliche Absicht Sr. Majestät des Königs und Sr. Königl. Hoheit des Prinzen Mitregenten sei nämlich nicht allein dahin gegangen, die Auslassungen der eben erwähnten, jetzt bei dem Landtage anwesenden Magistratspersonen der landtagsberechtigten Städte zu vernehmen, sondern auch die Stimme der übrigen, nach Lage, Einwohnerzahl und Gewerbe so verschiedenen städtischen Communen des Landes aus

dem Munde redlicher, durch das Zutrauen ihrer Mitbürger ausgezeichneter, mit den Verhältnissen, Bedürfnissen und Wünschen derselben bekannter Männer zu hören. Sie würden bei ihren Auslassungen diesen neuen Beweis allerhöchst landesväterlicher Gesinnungen durch wahren Gemeinsinn und uneigennützige Beachtung der Interessen, nicht nur ihrer Communen, sondern auch des gesammten Vaterlandes zu ehren wissen, und dürften, je mehr sie diesen von ihnen gehegten Erwartungen entsprächen, um so eher die möglichste Berücksichtignng aller ihrer wohl begründeten Bemerkungen und der nach den Umständen ausführbaren Wünsche, welche sie dabei vorbringen möchten, erwarten.

Bei der von dem Commissar hierauf gehaltenen Nachfrage nach den Informationen der versammelten Deputirten erklärten dieselben insgesammt: wie sie schon seit geraumer Zeit mit Exemplaren des Entwurfs der allgemeinen Städte-Ordnung versehen wären und sich sowohl mit dem Inhalte bekannt gemacht, als denselben besprochen und zum Theile auch die darüber in öffentlichen Blättern und Flugschriften erschienenen Bemerkungen gelesen und erwogen hätten.

Der Commissar gab sodann den Versammelten eine kurze historische Uebersicht der Bemühungen, welche in den neueren und neuesten Jahren, sowohl allerhöchsten Orts als von den obern Staatsbehörden auf die Verbesserung des Städtewesens gerichtet worden, und der dabei von Zeit zu Zeit entgegen getretenen Hindernisse.[145] Insbesondere gedachte derselbe der bereits im Jahre 1829 mittelst allerhöchsten Rescripts vom 5. August an die Landesregierung „zu Eröffnung ihrer Ansichten über die Einführung einer allgemeinen Städteordnung" erlassenen Aufforderung und der eben dahin gerichtet gewesenen ständischen Anträge, so wie der weiteren vorbereitenden Schritte bei dem im Anfange des vorigen Jahres eröffneten Landtage und der zugleich eingetretenen Bedenken; ferner des allerhöchsten Rescripts vom 17. September 1830, wodurch „in Betracht des im ganzen Lande wahrgenommenen Wunsches einer Verbesserung der städtischen Verfassung" der Landesregierung aufgegeben worden war: mit thunlichster Beschleunigung die Grundzüge einer allgemeinen Städte-Ordnung abzufassen, und sowohl dessen, was dem zu

145) Siehe den III. und VIII. Abschnitt dieser Blätter.

Folge von Seiten der dazu ernannten Deputation geschehen, als dessen, was hierauf allerhöchsten Orts, besonders in Beziehung auf die Einberufung der Deputirten aus den Communrepräsentanten der verschiedenen Kreise, angeordnet worden, so wie des ihm selbst ertheilten Auftrags, welcher verlesen wurde.

Uebrigens bemerkte, das weitere Verfahren anlangend, derselbe noch: es solle, damit dem eröffneten allerhöchsten Auftrage thunlichst entsprochen, der Zweck ihrer Einberufung um so sicherer erreicht, namentlich ihnen, den Deputirten, wo möglich keine der in dem Entwurfe der allgemeinen Städte-Ordnung enthaltenen Vorschriften nach Inhalt und Gründen dunkel verbleiben möge und kein Punkt, wobei sie Etwas zu erinnern gesonnen, oder beauftragt worden wären, übersehen werde, wie auch damit sie von diesen Erläuterungen bei der künftigen Abfassung der örtlichen Statuten Gebrauch machen könnten,

1) der vorliegende Entwurf nebst dessen Beilagen, nach Ordnung der §§phen und der darin anzutreffenden Nachweisungen, mit ihnen durchgegangen und, wo es nöthig, erläutert, es sollten ferner

2) die von ihnen dabei vorgebrachten Bemerkungen, gutachtlichen Aeußerungen, Wünsche und Anträge, in so weit sie nicht selbst fänden, daß selbige durch die ertheilten Aufschlüsse beseitigt würden, sofort zu Protocolle genommen und

3) zum Schlusse die Resultate ihrer Ansichten einer nochmaligen Prüfung unterworfen werden.

Letzteres sei, wurde hinzugefügt, ihnen um so nothwendiger, als sie vielleicht im Fortgange der Berathungen die Ueberzeugung erlangen würden, daß manche Erinnerungen oder Zusätze, deren Berücksichtigung oder Aufnahme sie bei den ersten Verhandlungen für unerläßlich erachtet hätten, nunmehr füglich fallen gelassen oder anders abgefaßt werden könnten.

Gleichmäßig und besonders wurde ihnen noch zu Gemüthe geführt, wie sie bei allen ihren Anfragen, Bemerkungen und Anträgen die Hauptzwecke der entworfenen allgemeinen Städteordnung im Auge behalten möchten. Diese aber wären:

I. den Stadtcommunen eine fortdauernd wirksame Theilnahme an der Verwaltung ihres Vermögens und ihrer Gerechtsame zu sichern;

II. dadurch und durch möglichste Oeffentlichkeit den wahren Gemeinsinn in denselben immer mehr zu wecken und zu erhalten, welcher dann auf den Geist der Verwaltung wohlthätig zurückzuwirken nicht verfehlen werde;

III. den Stadträthen eine durch das Vertrauen der Gemeinden befestigte, wahrhaft kräftige Stellung zu geben, und sowohl dadurch, als durch die gesetzlich geregelte Theilnahme der Communrepräsentanten oder Stadtverordneten dieselben in den Stand zu setzen, auf allen Wegen das Wohl ihrer Gemeinden im Sinne des gesammten Staatszwecks und im Einklange mit demselben, zu befördern;

IV. den vorgesetzten Behörden die Ausübung des dem Staate zustehenden Oberaufsichtsrechts auf die zweckmäßigste Weise, ohne ein häufiges und zu sehr in das Einzelne gehendes Einschreiten derselben, möglich zu machen, und

V. alle diese Absichten mit der verhältnißmäßig mindesten Belastung der Gemeinden zu erreichen.

Dahin habe man gelangen wollen, vornehmlich:

1) durch das den Stadtgemeinden ertheilte Recht,

a) ihre Vertreter und ihre Stadträthe selbst zu wählen,

b) die gesammte Verwaltung des Communwesens durch die Stadtverordneten zu controliren

und

c) die Besorgung einzelner Zweige dieser Verwaltung selbst durch Ausschüsse zu übernehmen;

ferner

2) durch die Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung,

3) durch das Auseinanderhalten der Verwaltung und der Aufsichtsführung über dieselbe,

4) durch das Streben nach in jeder Beziehung möglichster Einheit der städtischen inneren Verhältnisse,

5) durch die Begründung wechselnder, von Mitgliedern der Bürgerschaft bekleideter Ehrenämter und

6) durch die Einführung thunlichster Selbstständigkeit und Gleichförmigkeit sämmtlicher Städteverfassungen im ganzen Lande.

Indem sie daher ihre unmaßgebliche Meinungen über die Nützlichkeit der in dem vorliegenden Entwurfe der Städteordnung enthaltenen Vorschriften und die Anwendbarkeit derselben auf alle die verschiedenen Gattungen der Städte des Landes, so-

wie die besondern Wünsche ihrer Gemeinden in Ansehung derselben auszusprechen Veranlassung erhielten, möchten sie die so eben angegebenen Hauptzwecke, welche bei den Berathungen darüber zum Grunde gelegt worden wären, fortwährend berücksichtigen.

Die Deputirten nahmen diese Eröffnungen mit dem Ausdrucke der dankbarsten Gesinnungen für die daraus hervorgehenden allerhöchst landesväterlichen Absichten auf, und gaben, im Fortgange der Berathungen, durch Bemerkungen und Anträge die Wünsche ihrer Mitbürger mit Freimuth, aber auch allenthalben mit Bescheidenheit zu erkennen. Zwar vermochten nicht Alle der Erwartung: daß sie von den Verhältnissen sowohl ihres Orts, als auch der übrigen Städte ihres Bezirks genau unterrichtet sein würden, vollständig zu entsprechen. Es gereichte ihnen jedoch die Kürze des, — seit ihrer Ernennung bis zur Ankunft, — verflossenen Zeitraumes, sowie der Umstand zu einiger Entschuldigung, daß man früher, bei der damals noch aufgeregteren Stimmung im Lande und aus Berücksichtigung der im 55sten §phe des Mandats vom 15. Decbr. vor. Jahres enthaltenen Vorschrift, Bedenken getragen hatte, Zusammenkünfte der Communrepräsentanten aus den größern, mittlern und kleinern Städten jedes Kreises zu veranlassen oder zu genehmigen. Indessen hatten Mehrere derselben dennoch sogenannte Convente gehalten, Andre durch Briefwechsel und Besprechungen das Nöthige in Erfahrung gebracht, Einige auch schriftliche Instructionen zugesendet erhalten, Alle aber, nämlich ein Jeder mit den Communrepräsentanten seiner Stadt, den ihnen zugefertigten Entwurf der allgemeinen Städteordnung s. w. d. anh. sorgfältig durchgegangen. Auch zeigten sich, bei den folgenden Berathungen und Verhandlungen, sämmtliche Deputirte ohne Ausnahme als wohlgesinnte, gemäßigte und mit den Bedürfnissen und Wünschen ihrer Mitbürger vertraute Männer. Darum und da ohnehin, wie im Allgemeinen schon bekannt war, und bei den gehaltenen Vernehmungen sich bestätigte, die Verhältnisse der kleinen Städte im Lande so sehr von einander abwichen, daß beinahe keine darin der andern glich, und es hier nicht sowohl darauf ankam, die Bestimmungen der allgemeinen Städte-Ordnung jeder einzelnen Stadt anzupassen oder die örtlichen Statuten schon zu entwerfen, sondern vielmehr, nur die Anwendbarkeit und Nützlichkeit der in dem Entwurfe enthaltenen

Vorschriften im Allgemeinen zu erörtern beabsichtigt wurde, ließ sich nicht besorgen, daß jener hie und da bemerkbare Mangel specieller Kenntniß dieser Verhältnisse einzelner Städte einen nachtheiligen Einfluß auf die Resultate der gehaltenen Berathungen haben werde. Endlich fand der Commissar auch im Fortgange der Verhandlungen um so nöthiger, den Entwurf der allgemeinen Städteordnung und die demselben angehängten „vorläufigen Bestimmungen" §ph für §ph mit den Deputirten durchzugehen und denselben über die etwa darin vorkommenden anscheinend dunkeln Stellen die erforderlichen Aufschlüsse, sowie Veranlassung zum Anbringen aller ihrer Bedenken, Fragen und Anträge zu geben, als sie insgesammt bei der künftigen Abfassung der örtlichen Statuten ihrer Communen wieder mitwirken sollten und es daher rathsam erschien, keine dieser in dem gedachten Entwurfe enthaltenen Bestimmungen ohne Mittheilung der dabei zum Grunde liegenden Motiven und Rücksichten zu lassen. Zugleich wurde keine Gelegenheit verabsäumt, die Deputirten auf diejenigen Vorschriften, wodurch vornehmlich die Zwecke des zu publicirenden Gesetzes befördert werden sollten und die auf deren dauernde Befolgung für das Gemeinbeste gegründeten Hoffnungen aufmerksam zu machen.

Es hätte zu weit geführt, keinen wesentlichen Nutzen gewährt, wohl aber die Verhandlungen sehr aufgehalten, die Acten unnöthig angeschwellt und deren weitern Gebrauch erschwert, wären bei diesen Verhandlungen auch die blos beifälligen oder anerkennenden Auslassungen der Deputirten und die von denselben vorgebrachten, aber in Folge der erhaltenen Belehrungen sofort widerrufenen Bedenken und Anträge, nebst den ihnen zu deren Beseitigung ertheilten Aufschlüssen und Berichtigungen speziell in das Protocoll aufgenommen worden. Man begnügte sich daher, in demselben nur derjenigen Bemerkungen der Deputirten Erwähnung zu thun, welche entweder sogleich als wohl begründet oder doch als einiger Beachtung bei der bevorstehenden Revision des Entwurfs würdig erschienen, oder auch Stellen des Entwurfs betrafen, welche den größtentheils rechtsunkundigen Deputirten unklar verblieben oder dringend bevorwortet worden waren.

Uebrigens ergab sich schon hieraus von selbst, daß in allen diesen Beziehungen bei Abfassung des nachstehenden Auszugs aus den gedachten Protocollen ebenfalls der Kürze halber, noch

strenger verfahren, daher auch der, theils auf Anfrage, theils officiell, erfolgten Berichtigung offenbarer Druckfehler oder verschriebener Citate, nicht besonders gedacht werden durfte. Dagegen erschien es, aus gleichem Grunde und um Wiederholungen zu vermeiden, angemessen, hier sogleich derjenigen Auslassungen, Bemerkungen und Anträge Erwähnung zu thun, welche bei der definitiven Redaction des die allgemeine Städteordnung enthaltenden Gesetzes, berücksichtigt worden sind, wie auch derjenigen, woraus die damals im Volke über die städtischen Verfassungen und Communrechte herrschenden Ansichten, so wie über die Richtung der Wünsche desselben und über die Gründe, um derentwillen die Resultate der mannigfachen, diesen Gegenstand betreffenden Berathungen nicht anders als geschehen hatten ausfallen können, hervorgingen. Denn unstreitig gehörten diese Motiven gleichfalls in die Geschichte der Städteordnung.

Es waren aber die Bemerkungen, wozu sich die einberufenen Deputirten der mittlern und kleinern Städte bei Durchgehung des ihnen mitgetheilten Entwurfs s. w. d. anh. wie derselbe im IV. Bande der Landtags-Acten vom Jahre 1830 S. 1934 flg. abgedruckt ist, veranlaßt fanden, hauptsächlich folgende:

Bei §. 6. in der ersten, „allgemeine Bestimmnngen" enthaltenden Abtheilung äußerten mehrere der Deputirten: Es scheine ihnen wünschenswerth, von Zeit zu Zeit Revisionen der örtlichen Statuten eintreten zu lassen und die Verpflichtung dazu, mit Feststellung eines bestimmten, vielleicht zehnjährigen Zeitraums, vor dessen Ablaufe nicht darauf angetragen werden dürfe, gesetzlich anzuordnen, weil die Verhältnisse der Städte, namentlich der kleinern, sich von Zeit zu Zeit bedeutend ändern könnten, und einerseits dergleichen Revisionen ohne veranlassende Nothwendigkeit schwerlich vorgenommen werden dürften, andererseits aber auch der unruhigen Neuerungssucht gewisse Schranken zu setzen immer nöthig verbleiben werde.

Bei §. 8., sowie später bei §. 17. 18. 22. 23. 28. 235 flg. 257 flg. und 267 flg. gaben sämmtliche Deputirte einstimmig und dringend den Wunsch zu erkennen, daß doch baldmöglichst alle Bewohner einer jeden städtischen Localität unter einem und demselben Gerichtsstande, sowie unter einer und derselben Po-

lizei-Behörde vereinigt werden möchten, indem bei mehreren Jurisdictionen an einem und demselben Orte, nicht nur den Einwohnern ihr Recht zu verfolgen oftmals sehr erschwert, sondern auch in Folge der außerdem bisweilen unvermeidlich verschiedenen Auslegung und Anwendung der Gesetze, eine Ungleichheit, oder doch Ungewißheit bei der Rechtspflege und der Polizeiverwaltung erzeugt werde, deren Nachtheile sich im Leben weit größer, als man glauben sollte, darstellten. Vornehmlich trete diese Rechtsungewißheit da ein, wo mehrere Gerichtsherrschaften an einem Orte die Jurisdiction ausübten, z. B. in Meißen, wo sechserlei, in Wurzen und Falkenstein, wo fünferlei, in Budissin, Treuen, Thum, Buchholz, Pegau, Zwenkau u. s. w., wo dreierlei Gerichtsbarkeit stattfinde, sowie an mehreren andern Orten, wo verschiedene Aemter, Patrimonial- und Stadtgerichte, Berggerichte und geistliche Behörden zugleich die Jurisdiction ausübten. An solchen Orten werde bisweilen dasselbe Vergehen von der einen Behörde so, von der andern wieder anders bestraft, oder derselbe Streit bei dem einen Einwohner nach andern Ansichten, als bei seinen Nachbarn geschlichtet; der klagende Bürger müsse sein Recht bald da, bald dort suchen, und jede Behörde nehme sich der Ihrigen an. Ueberall aber, wo eine solche Verschiedenheit der Behörden fortdauere, werde weder vollkommene polizeiliche Ordnung, noch wahrer Gemeinsinn bestehen können und das Mißtrauen der Einwohner gegen die Obrigkeiten immer neue Nahrung finden.

Bei §. 13. wurde erinnert: wenn die dem Entwurfe der Verfassungsurkunde unter B. angehängte Bevölkerungsliste die Grundlage der hier enthaltenen Abtheilung der Städte in größere, mittlere und kleine gewesen sei, so beruhe dieselbe, nach vielfältiger Erfahrung, auf sehr unrichtigen Daten, obwohl sie, die Deputirten, nicht sogleich speciell anzugeben wüßten, welche dieser Angaben irrige wären und um wie viel dieselben von der Wahrheit sich entfernten.[146] So z. B. wären namentlich Johann-Georgenstadt, Auerbach und Colditz viel zu hoch angesetzt und gehörten mehr unter die kleinen Städte. Ueberhaupt aber sei dieser Maßstab wandelbar und

146) Vergl. den XI. Abschnitt und Seite 1487—1492 des III. Bandes der Landtagsacten v. J. 1830.

in keiner Beziehung stabil, wie denn auch nach demselben die Vermehrung der Bevölkerung um nur wenige Seelen die Versetzung einer Stadt in eine höhere, stärker belastete Klasse zur Folge haben könne. Besonders reclamirte Sebnitz gegen seine Aufführung unter den mittlern Städten, weil es zwar über **2500** Consumenten, aber größtentheils nur verarmte Bürger und gar kein Gemeindevermögen, daher auch keine Kämmerei besitze. Die früher den Webern daselbst gestattete Ausnahme von der Militairpflichtigkeit habe Uebervölkerung und jetzt, da die dortigen Fabricate nur noch wenigen Absatz fänden, Verarmung herbeigeführt. Alles, was der öffentliche Bedarf erheische, müsse der Bürger aus der Tasche geben. Ebenso verhalte es sich mit Auerbach und, soviel bekannt, mit Rabenau, welche Städte gleichfalls nur Passiven und kein Activvermögen besäßen.

Die Deputirten werden hierauf verständiget, daß unter allen Classificationen die nach dem Maßstabe der Bevölkerung immer noch die angemessenste und stabilste bleibe, weßhalb auch Preußen,[147] Würtemberg und Bayern denselben angenommen hätten; daß insbesondere die Besorgniß, welche die Sebnitzer Commun dieserhalb hege, zur Zeit keinen Grund habe, und daß großentheils schon die in dem Mandate vom **13.** Mai dieses Jahres, die Niederlassung von Ausländern betr., **§. 4. 5** u. flg. enthaltene Berücksichtigung der gedachten Classeneintheilung gewiß den Wünschen dieser Commun entsprochen haben werde. Die anwesenden Deputirten baten jedoch insgesammt, namentlich für den Fall, daß die Seelenzahl einen Maßstab auch für die Beiträge zu den öffentlichen Lasten abgeben sollte, die gedachte Classification einer nochmaligen Prüfung zu würdigen und dabei zugleich den Bestand des Activ- und Passivvermögens, der Besitzungen, Lasten und Verpflichtungen der Communen, sowie den Umfang ihrer städtischen Angelegenheiten, die Wichtigkeit ihrer Stellung im Staate u. s. w., zu berücksichtigen.

Bei **§. 14.** trugen die Deputirten darauf an: daß nicht nur

---

147) Siehe §. 9—13. der allgemeinen preußischen Städte-Ordnung. In der revidirten Städte-Ordnung wurde jedoch die in diesen §phen enthaltene Classification der Städte und der städtischen Bezirke nach Verhältniß der Einwohnerzahl weggelassen und den Local-Obrigkeiten vorbehalten, die Bezirke in jeder Stadt bei Errichtung der Localstatuten festzustellen.

die Stempel- und Kosten-, sondern auch die Porto-Freiheit sowohl für die in demselben §phen angegebenen, als für die bei der bevorstehenden Abfassung der Localstatuten und deren künftiger Revision, überhaupt für alle die Verfassung der Commun betreffenden Verhandlungen und Schriften bewilligt werden möge, und baten: wenigstens vor der Hand Portofreiheit für alle mit dem Geschäftssiegel der Repräsentanten, der Magistrate und Stadtverordneten verschlossene Schriften, sowie für die diesfallsigen Ausfertigungen der Amts- und Kreishauptleute, ingleichen der sonstigen höhern und höchsten Behörden zu gewähren, weil, namentlich in der ersten Zeit bei und nach Einführung der Städteordnung, diese Ausgabe häufig vorkommen und daher den kleinern entferntern Orten sehr lästig fallen werde, wogegen die gebetene Befreiung höchstens nur im Anfange eine einigermaßen bemerkbare Minderung dieser Staatseinnahmen zur Folge haben könne.

Bei §. 18—22. der zweiten „von der Stadtgemeinde" überschriebenen Abtheilung beschwerten sich die Deputirten des erzgebirgischen Kreises, daß die Bewohner der von Alters her mit Bergfreiheit begabten Häuser, obwohl sie oftmals keine Bergleute wären, vielmehr alle mögliche Gewerbe trieben, zeither auch einer Ermäßigung der Accise und andere Vortheile vor den übrigen Stadtbewohnern genossen hätten, sich doch fortwährend der Mitleidenheit bei den städtischen Communlasten, namentlich bei der Armenversorgung, sowie bei der Unterhaltung des Pflasters, der Straßen, der Wasserleitungen, der Löschgeräthschaften u. s. w. zu entziehen suchten und nicht selten sogar von ihren Gerichtsbehörden dabei geschützt würden. Ein Gleiches, fügten Mehrere hinzu, finde bei den Amtsmühlen, z. B. in Buchholz, wo die eine Mühle unter das Amt Wolkenstein, die andere unter das Amt Annaberg gehöre, und bei anderen mit besonderen Freiheiten versehenen Enclaven in den städtischen Gemeindebezirken statt. Wenigstens müsse wegen dieser immer wieder hervortretenden Weigerungen von Zeit zu Zeit Beschwerde geführt oder Bericht erstattet werden, wodurch ein unnöthiger Zeit- und Kostenaufwand entstehe. Zugleich baten sie, daß, da der Entwurf, in welcher Maße die Bewohner solcher Häuser oder Grundstücke künftig zur Mitleidenheit bei der Stadt gezogen und der städtischen Polizei untergeordnet werden sollten,

nicht ausspreche, die Grundsätze, welche in dieser Hinsicht, sowie überhaupt in Ansehung der Theilnahme solcher zeither gesonderter Häuser an den Lasten der Stadtgemeinden zu beobachten sein würden, durch gesetzliche Verordnungen festgestellt werden möchten.

Bei §. 25. ersuchten die Deputirten um genauere Bestimmung des Wortes „Angehörige" und namentlich darüber: ob darunter auch im Orte sich aufhaltende entferntere Verwandte, Dienstboten, Hauslehrer, Geschäftsgehülfen und dergl. verstanden werden sollten.

Bei der dritten, „vom Stadtvermögen und dessen Verwaltung" handelnden Abtheilung wurde zu §. 30. bemerkt, daß daß alle und jede Stiftungen zum Stadtvermögen nicht zu ziehen sein dürften, selbst wenn sie für gemeinschaftlich communliche Zwecke errichtet wären, weil doch jede ihre Eigenheiten habe, und man nicht wissen könne, ob nicht außerdem künftig die Verwendung des Communvermögens, wenigstens partiell, auch für andere Bestimmungen, als für die von den Begründern solcher Stiftungen beabsichtigten, anzuordnen versucht werden könne.

Bei §. 33. wünschte zwar die Mehrzahl der Deputirten eine minder strenge Bestimmung, weil auch Fälle eintreten könnten, wo die Veräußerung von Gemeindegrundstücken zum namhaften Vortheile der Communen gereichen würde, z. B. wenn die Wiederherstellung derselben ein weit stärkeres Capital, als sie künftig verinteressiren dürften, erfordere, oder wenn sie der Commun keinen erheblichen Nutzen gewährten und doch zu Tilgung drückender Schulden oder zu andern gemeinsamen städtischen Zwecken den bei deren Verkaufe zu gewärtigenden Erlös zu verwenden dringend nöthig werde. Desgleichen wünschten dieselben, daß, um künftigen Streitigkeiten darüber zu begegnen, nach den Worten „Sie muß" noch „wo möglich" beigefügt werden möge.

Sie wurden jedoch auf die §. 49. und §. 183 b. d. u. e. enthaltenen Bestimmungen und die unaufhaltbaren Wirkungen des Rechtsganges wie auch darauf aufmerksam gemacht, daß strenge Aufsicht über das gedachte Gebahren um so nothwendiger sei, als der Regierung obliege, die Nachwelt gegen die Mitwelt zu vertreten, während Rath und Stadtverordnete gewöhnlich mehr für die Gegenwart sorgten und zu sorgen hätten.

Bei §. 40. fanden die Mehresten eine Zeitfrist von nur vier Wochen, vom Anfange des jedesmaligen Rechnungsjahres angerechnet, für die Einsendung des gefertigten städtischen Haushaltplans an die vorgesetzten Regierungsbehörden zu kurz, weil die darauf zu gewärtigende Genehmigung, zumal wenn die hohe Behörde dabei Bedenken finden und vorher anderweite Anzeigen verordnen sollte, oft nicht so schnell zu erlangen sein und daher auch vor Anfang des Rechnungsjahres eine definitive Entschließung darauf schwerlich eingehen werde. Zugleich warfen sie die Frage auf: wie zu verfahren sei, wenn die Genehmigung des Haushaltplans nicht vor Jahresschlusse eingehen sollte? und baten um diesfallsige gesetzliche Bestimmung.

Bei §. 46. erwähnte der Deputirte der mittlern Städte des Leipziger Kreises, zum Beweise dafür, daß die Tilgung der ableglichen Schulden doch nicht unbedingt vorgeschrieben werden könne, eines solchen, in der Stadt Döbeln vorgekommenen Falles. Diese habe nämlich im 16. Jahrhunderte gegen 6000 Thlr. in nach dem damaligen Reichsfuße vom Jahre 1559 die Mark feinen Silbers zu 8 Thlr. ausgeprägten Münzsorten zu Bestreitung eines ausgeschriebenen Kriegskosten-Beitrags, theils bei dem Procuratur- und Schulamte Meißen, theils von den beiden Städten Leipzig und Chemnitz und dem St. Georgs-Hospitale zu Döbeln, gegen 5 p. C. jährliche Verzinsung erborgt und diese Schuld, deren Aufkündigung nur ihr, nicht den Gläubigern frei gestanden, vor ungefähr 10 Jahren, als sich die Kämmerei-Kasse in verbesserten Umständen befunden, zurückzahlen wollen. Man habe aber Seiten der Gläubiger für jedes Hundert Capital 56 Thlr. als Aufgeld wegen des inzwischen veränderten Münzfußes gefordert und die Stadt deshalb vorgezogen, dieses Capital nach wie vor mit 5 p. C. des Nominalwerths und zwar ohne Agio, womit die Gläubiger zeither zufrieden gewesen, zu verzinsen. Demnach scheine es rathsam, in ähnlichen Fällen eine günstige Gelegenheit, — z. B. wenn etwa der Gläubiger Geld brauche, — zur Rückzahlung abzuwarten und im angezogenen Paragraphen nach dem Worte „Zeiten" den Satz: „oder wenn deren Abzahlung mit Nachtheilen verbunden sein würde" einzuschalten.

Beim letzten Satze des §. 49. wurde bemerkt, daß nach den Worten: „Insofern blos die Erwerbung von Gebäuden", der

Zusatz: „oder andern für das Bedürfniß der Stadtgemeinde unentbehrlich nothwendigen Grundstücken", eingeschaltet werden möge, indem doch eine Stadt in die Lage kommen könne, Grund und Boden, z. B. zur Anlegung eines Kirchhofes oder Holzhofes oder von Baustellen zu Schul-, Kranken- oder Armenhäusern nothwendig ankaufen zu müssen.

Bei der vierten Abtheilung „vom Bürgerrechte" §. 56. trugen die Versammelten darauf an: die Entscheidung lieber dem Gutachten der Stadtverordneten, oder des Raths mit Zuziehung derselben, als dem blinden Loose zu überlassen, da es sehr wünschenswerth sein könne, daß von mehreren Miteigenthümern gerade Einer oder der Andere der Stadt näher angehöre oder für dieselbe gewonnen werde.

Bei §. 58. bemerkte man: daß unter den daselbst aufgestellten Ausnahmen wohl auch der fremden Pächter städtischer Grundstücke zu gedenken sein werde, da dieselben meistentheils am Wohle der Commun nur wenigen Antheil nähmen.

Bei §. 59. wurde angetragen, daß diejenigen, welche Zuchthausstrafe erlitten hätten, von der Befähigung zum Bürgerrechte ausgeschlossen, und wenn ihnen ein Grundstück durch Erbgang oder auch käuflich zu Theil werde, einen Vertreter zu stellen, angehalten werden möchten.

Bei §. 64. sub d. wurde rathsam befunden, nur diejenigen Stiftungen, welche zum gemeinsamen Besten der Commun gereichten, mit der Annahme eines Lehnträgers bei Grundstücks-Acquisitionen zu verschonen. Denn es scheine an einem hinreichenden Grunde zu mangeln, um deswillen z. B. reiche, nur für gewisse Gattungen von Personen bestimmte Stiftungen, oder Körperschaften, reiche Schützengesellschaften, Innungen, Spitäler ꝛc. davon befreit werden sollten.

Bei §. 66 und 67. wünschten sämmtliche Deputirte: daß zu Erwerbung des Bürgerrechts alle diejenigen angehalten werden möchten, welche durch Betreibung einer Kunst, eines Gewerbes, einer Wissenschaft oder durch eine amtliche Anstellung ihren Erwerb in einer Stadt fänden. Denn es werde dieses nicht nur zu Erleichterung der städtischen Lasten, sondern auch zu einer höhern Achtung des Bürgerstandes wesentlich beitragen, den Stadträthen mehr Ansehen geben, das Mißtrauen gegen die neue Ordnung kräftiger beseitigen, und das Interesse der Bewohner an derselben

vermehren. Sonst erblicke der Bürgerstand in den im Entwurfe nur den Studirten und Gebildetern zugedachten Befreiungen eine Zurücksetzung. Gleichermaßen scheine ihnen dafür, daß sowohl Rechtsgelehrte, als Aerzte, Wundärzte, Sprach- und andere nicht bei öffentlichen Schulen angestellte Lehrer, mit Ehren entlassene Staatsbeamte und Officiere, ferner Bildhauer, Maler, Architecten u. s. w., sobald dieselben durch eigene selbstständige Thätigkeit in der Stadt ihren dauernden Erwerb gefunden und mit wesentlicher Wohnung daselbst sich niedergelassen hätten, zu Gewinnung des Bürgerrechts nicht verbunden sein sollten, kein ausreichender Grund vorhanden zu sein. Hiezu komme, daß, besonders in kleinen Städten, die Zahl unterrichteter Männer, welche an den Bemühungen für das Beste der Commun Theil zu nehmen geeignet und geneigt wären, ohnehin sehr gering sei. Es werde mithin nach wenigen Jahren, wenn man alle diese Klassen der Gebildetern nicht nöthigen könne, an den bürgerlichen Verpflichtungen der übrigen Stadtbewohner Theil zu nehmen, daselbst gar bald an passenden geachteten Männern zu den Ehrenämtern und den Stadtverordneten fehlen. Schon jetzt entstehe für die Communrepräsentanten an vielen Orten daraus, daß sie keine Protocollanten unter sich zu finden vermöchten, die größte Verlegenheit, und bleibe ihnen oft nichts übrig, als andere Personen, welche die Feder dabei zu führen geeignet wären, mit bedeutenden Kosten dafür zu honoriren. Durch Zuziehung der auf Universitäten, Academien u. s. w. Gebildeten würde sich diesem Mangel abhelfen lassen. Sie bäten daher, die oben gedachten §§phen etwa in folgender Maaße abzuändern: §. 66.: „Im Civil- oder Militairdienste des Staats und bei dem Hofstaate des Königlichen Hauses, ferner bei Kirchen und öffentlichen Schulen als Geistliche oder Lehrer angestellte, wie auch von ihrem Vermögen oder ihren Einkünften lebende Personen können zu Erwerbung des Bürgerrechts nicht angehalten werden" und §. 67.: „Die zeitherigen, in diesem Gesetze nicht bestätigten Befreiungen von der Verbindlichkeit, das Bürgerrecht zu erlangen, sie mögen nun in gesetzlichen oder statutarischen Verfügungen ihren Grund haben, fallen künftighin weg. Demnach sind alle aus Staats- oder Hofdiensten, auch geistlichen und Schulämtern mit Ehren Entlassene, wie auch alle diejenigen, welche nach vorhergegangenen Studien auf Universitäten oder andern academischen, chirur-

gischen, technischen und ähnlichen Bildungsanstalten für Künste und Wissenschaften ihren wesentlichen Wohnsitz in einer Stadt nehmen, verbunden, nachdem sie unter Ausübung eines Erwerbzweigs sich 3 Jahre hindurch daselbst aufgehalten haben, das dasige Bürgerrecht zu gewinnen". Den letztern Beisatz fanden die Deputirten insofern nöthig, als Gelehrte, Künstler, Sprachlehrer ꝛc. meistentheils erst nach einigen Jahren sich darüber entscheiden könnten, ob und wo sie ihren fernern Wohnsitz nehmen oder ihr Fortkommen finden wollen und werden, auch wohl wie z. B. die Rechtsgelehrten, erst nach Ablauf eines gewissen Zeitraums zur eignen Praxis gesetzlich befähigt wären.

Bei §. 70. trugen die Deputirten darauf an: daß, da die Vereidung bei der Aufnahme in das Bürgerrecht künftig unterbleiben solle, jeder neue Bürger nicht nur den gewöhnlichen Handschlag abzulegen, sondern auch einen, seine Verpflichtungen enthaltenden Revers auszustellen angehalten werden und eine Abschrift desselben, — insofern jene Verpflichtungen nicht dem ihm ertheilten Bürgerbriefe inserirt sein sollten, — gleichzeitig ausgehändigt erhalten möge, sowohl zur bestimmteren Erinnerung an dieselben, als insbesondere auch, weil der gemeine Mann den Glauben hege, erst durch seine eigenhändige Unterschrift werde, gewissermaaßen contractmäßig, die stärkste Verbindlichkeit erzeugt.

Bei §. 72. wünschten mehrere Deputirte: es möchten die Laudemialabgaben aufgehoben werden, weil dieselben zu mancherlei Lug und Trug Anlaß gäben. Die wahren Kaufsummen der Grundstücke, oft sogar die darauf haftenden Hypotheken würden, um sich dem so genannten Abzuge zu entziehen, verschwiegen, falsche Quittungen ausgestellt, falsche Zeugnisse herbeigeführt und ungerechte Erbtheilungen begründet. Sie wurden zwar sofort beschieden: daß, insofern den Gerichtsherrschaften ein rechtsbegründeter Titel diesfalls zur Seite stehe, die Aufhebung dieser Gerichtsnutzung sich nicht anders als im Wege der Ablösung werde bewerkstelligen lassen, baten aber dringend, dieses ihres Antrages zu gedenken.

Bei §. 78. bemerkten sämmtliche Deputirte: sie wären beauftragt, insbesondere Namens der Garnisonorte gegen die Fortdauer der Verbindlichkeit, entlassenen Militairpersonen, welche die gesetzmäßige Zahl von Jahren gedient hätten, das Bürgerrecht

unentgeltlich zu ertheilen und ihnen gewisse Befreiungen von den bürgerlichen Lasten wiederfahren zu lassen, submisseste Vorstellung zu thun. Die Verpflichtung: den Soldatenstand durch dergleichen Befreiungen für wohlgeleistete Dienste zu ermuntern und zu belohnen, laste doch eigentlich auf dem ganzen Staate; gegenwärtig aber würden am meisten die Garnisonstädte dadurch gedrückt. Denn die entlassenen Militairpersonen nähmen gewöhnlich an diesen Orten, wo sie Bekanntschaften gemacht, vielleicht sich verlobt oder verheirathet hätten, ihren Wohnsitz. Der größte Theil solcher entlassener Soldaten, welche das Bürgerrecht erlangt hätten, verarme aber nach einigen Jahren und falle der Stadt zur Last. So fänden sich z. B. in Radeberg allein gegen 80 solcher verarmter Bürger. Daraus entstehe für die Garnisonorte eine Ungleichheit der Lasten, denn diese Städte müßten für das ganze Land leiden. Werde solchen Militairpersonen die Aufnahme in das Bürgerrecht und in die Innungen nicht so sehr erleichtert, so würden sie nicht so oft ohne alle Mittel einen Hausstand zu beginnen veranlaßt werden, und, müßten sie gleich andern Bürgern die städtischen Communlasten tragen oder werde den verarmenden unter ihnen eine besondere höhere Unterstützung aus Landescassen zu Theil, so würden die Städte nicht, wie gegenwärtig, Ursache haben, über Prägravation in dieser Hinsicht zu klagen. Am wünschenswerthesten aber sei es wohl, daß alle entlassene Militairpersonen an ihre Geburtsorte zurückgewiesen würden.

Bei der fünften, von den Schutzverwandten handelnden Abtheilung entstand in Beziehung auf §. 83. die Frage: wie es gehalten werden solle, wenn unter den Stadtverordneten keine Unangesessenen vorhanden wären, also in den ebendaselbst fraglichen Fällen gar keine Vertretung der Schutzverwandten stattfinden würde, wie z. B. schon gegenwärtig bei den Communrepräsentanten von Plauen und Lengefeld? In den größern Städten könne dieses zwar nicht leicht eintreten, wohl aber in kleinen. Dem werde, schlugen die Deputirten zugleich vor, vielleicht dadurch am ehesten abzuhelfen sein, wenn man im §. 135. festsetze, daß wenigstens zwei Stadtverordnete und ein Ersatzmann aus der Classe der Unangesessenen sein müßten, und daß man dem §. 83. eine Beziehung auf §. 135. hinzufüge.

Bei der sechsten Abtheilung: „von dem Verluste der

bürgerlichen Ehren- und Gemeinde-Rechte" kam zuvörderst in Frage: ob nicht sowohl die Wahlberechtigung als die Wählbarkeit von einem gewissen Vermögen oder Einkommen abhängig zu machen, an einen Census zu binden, wie z. B. in Preußen und Frankreich, um die bemittelten Bürger gegen den überwiegenden Einfluß und die Ueberstimmung von Seiten der Unbemittelten, z. B. bei Berathungen über Communanlagen, sicher zu stellen, auch die bürgerlichen Stadtämter in größerem Ansehen zu erhalten, rathsam sei? Es waren aber die Deputirten sämmtlich der Meinung, daß dieses für die meisten Orte unausführbar erscheine, indem solchenfalls, bei der großen Armuth, namentlich der Gebirgs- und voigtländischen Städte, vielen redlichen Männern die Theilnahme an den öffentlichen Aemtern zu ihrer großen Kränkung würde versagt werden müssen. Zwar sei andrerseits wiederum zu besorgen, daß sich solchenfalls die unruhige Classe, welche nichts zu verlieren habe, als ausgeschlossen betrachten und ohne alle Theilnahme am Fortgange des öffentlichen Wohles oder gar störend zeigen werde. Allein bei den Ernennungen zu Stadtämtern würden die Wahlmänner gewiß ohnehin die berührten Rücksichten nehmen.

Bei §. 84. sub b. waren die meisten Deputirten der Ansicht: schon die Billigkeit bringe mit sich, daß die Frauenspersonen, die das Bürgerrecht hätten, oder dasselbe, nach §. 61. des Entwurfs sogar erwerben müßten, auch die bürgerlichen Ehrenrechte, mit Ausnahme der Wählbarkeit zu städtischen Aemtern, bezüglich durch ihre Ehemänner und Curatoren, auszuüben verstattet werden möge, da sie doch die bürgerlichen Lasten ebenfalls zu tragen verbunden und überhaupt als Grundeigenthümerinnen oder wegen des Gewerbes, weshalb sie im Bürgerrechte stünden, für die öffentlichen Angelegenheiten der Stadt ein gleiches, ja sogar, insofern als sie selbst nicht wählbar wären, an dem guten Ausgange der Wahlen vorzugsweise ein sehr starkes Interesse hätten.

Desgleichen gaben bei dem Satze unter c. desselben §phs sämmtliche Deputirte den Wunsch zu erkennen, daß nur ein zweijähriger Abgabenrückstand von der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte ausschließen möge, weil sonst die Anzahl der Auszuschließenden, namentlich in den verarmten Gebirgsstädten, oftmals zu groß werden möchte. Nicht selten trete nämlich bei

Einem oder dem Andern für einige Zeit ein unverdienter Nahrungsabfall ein. Ein solcher sei dann oftmals zwar nicht im laufenden, wohl aber im folgenden Jahre seinen Verpflichtungen nachzukommen im Stande und würde sich in seiner Noth tief gekränkt fühlen, wenn ihm schon wegen eines einjährigen Rückstandes die Ausübung der Ehrenrechte versagt werden sollte.

Bei f. desselben §phs vereinigten sich die Deputirten dahin, daß nicht nur die von der Praxis removirten oder suspendirten Advocaten, sondern auch alle wegen Pflichtvergessenheit entfernte oder suspendirte Beamte und Angestellte, jedoch, soviel die Suspension anlange, nur während deren Dauer, von den bürgerlichen Ehrenrechten ausgeschlossen bleiben möchten. Endlich müßten sie darauf antragen, daß auch den Nachrichtern, so wie den Amts- und Gerichtsfrohnen, und zwar den letzteren wegen ermangelnder Selbstständigkeit, die Ausübung bürgerlicher Ehrenrechte untersagt bleiben möge. Denn die Nachrichter wären nicht überall des Scharfrichters Knechte und daher nicht schon um deswillen diese Rechte auszuüben unfähig, aber doch anrüchig. An mehreren Orten hätten sie überdies die Meistereien im Pachte. In Waldheim sei einer ansässig gewesen.

Bei g. desselben §phs sprachen die Deputirten, mit Ausnahme des der mittlern Städte des voigtländischen Kreises, die Besorgniß aus, daß, weil beide Fälle oftmals auch bei sehr redlichen Männern einträten, — namentlich in den Handel treibenden Gebirgsstädten, — durch eine so strenge Beschränkung wohl auch die einsichtsvollsten Männer den Wahlen entzogen werden könnten. Insbesondere dürften daraus, — abgesehen von der Kränkung, welche, wie schon erwähnt, durch ein solches Ausschließen nicht selten unglücklichen, aber redlichen Männern ohne ihr Verschulden widerfahren könne — für die Communen um so größere Nachtheile entstehen, als in kleinen und mittlern Städten die Zahl der zu städtischen Aemtern geeigneten Personen ohnehin sehr gering sei, und es daher solchenfalls nach wenigen Jahren, namentlich für die Stellen der Stadtverordneten und der unbesoldeten Rathspersonen an qualificirten Männern mangeln würde. Sie tragen demnach auf den Beisatz an: jedoch bleiben dieselben, wenn sie ihren Gläubigern wenigstens 50 p. C. zu gewähren im Stande gewesen sind, stimmberechtigt, werden auch nach Ablauf eines fünfjährigen Zeitraums, von der Beendigung ihres Schuldenwesens an gerechnet, dafern die Stadt-

verordneten darauf antrügen und sie sich ausweisen könnten, die temporäre Insolvenz nicht verschuldet zu haben, auch dieser Fall zum ersten Male bei ihnen eingetreten sei, wiederum wählbar.

Bei h. wiederholten mehrere Deputirte die vorige Bemerkung und fügten noch hinzu: Oft könnten die Mitbürger richtiger über den Grad des Verschuldens urtheilen, als der untersuchende und erkennende Richter, auch sei das öffentliche Vertrauen hier doch vornehmlich zu berücksichtigen. Sie stellten daher anheim: ob nicht, wenn Einer wegen eines geringen, z. B. eines fleischlichen Vergehens, eines Zweikampfs, einer kleinen, in frühern Jahren begangenen Entwendung u. s. w., in Untersuchung gewesen und zu keiner entehrenden Strafe condemnirt worden sei, derselbe, nach vorgängiger Cognition der vorgesetzten Regierungsbehörde und vielleicht nach Ablauf eines zu bestimmenden Zeitraums, zu Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte wiederum zu lassen sein dürfe? und brachten in Vorschlag, hinzuzusetzen: Insofern nicht nach Ablauf eines fünfjährigen Zeitraums von Publication des in der Sache abgefaßten Erkenntnisses an gerechnet, auf gemeinschaftlichen Antrag des Stadtraths und der Stadtverordneten auch vorgängige Berichtserstattung, der Angeschuldigte durch die höchste Behörde ermächtigt werden sollte, die bürgerlichen Ehrenrechte wiederum vollständig oder nur in beschränkter Maße auszuüben. Letzteres werde z. B. der Fall sein, wenn die Regierungsbehörde aussprechen wolle, daß er zwar stimmberechtigt, aber nicht wählbar, oder wenigstens nicht zum Rathsmitgliede oder Stadtverordneten zu wählen sein solle.

Bei §. 85. trugen die Deputirten auf ein Gleiches für den Fall an, daß nach Verlauf eines 10jährigen Zeitraums der befragte Bürger seine Lebensweise geändert haben sollte. Sie glaubten auch nicht, daß diese unvorgreiflichen Anträge, wenn sie Berücksichtigung fänden, irgend einen nachtheiligen Einfluß auf die Sittlichkeit oder die Ehre des Bürgerstandes äußern könnten. Denn die Censur, welche solchenfalls über diejenigen ergehe, welche die bürgerlichen Ehrenrechte wieder in voller oder beschränkter Maße auszuüben ermächtigt werden sollten, würde, wie sie überzeugt wären, von der besten Wirkung auf das allgemeine Gefühl für Rechtlichkeit und Moralität, und die den temporär Ausgeschlossenen eröffnete Möglichkeit, die verlornen Ehrenrechte mehr oder minder wieder zu erlangen, ein Sporn für die nicht

ohne einiges Verschulden der öffentlichen Achtung verlustig Gewordenen aber Besserungsfähigen sein, und so auch die dabei nöthige Cognition der vorgesetzten Behörde, daß der Rehabilitation keine parteiische Ansicht zum Grunde gelegen habe, zugleich verbürgen.

Bei §. 88. sub 1. trug die Mehrzahl der Deputirten, weil Einer durch weite Reisen, Gefangenschaft u. s. w. ohne eignes Verschulden seiner Bürgerpflicht nachzukommen behindert worden sein könne, in Vorschlag zu sagen: „durch eine willkürliche, länger als zwei Jahre dauernde persönliche Abwesenheit" u. s. w.

In der VII. Abtheilung: „von den städtischen Gemeindeleistungen" wurde bei §. 107. anheimgegeben: ob im zweiten Satze, nicht außer der Schutzverwandten, auch der Fremden, Pächter, Dienstboten oder sonst nicht selbstständigen Personen ausdrücklich gedacht werden möge, welchen bisweilen Beiträge zu den Communlasten angesonnen würden, weil außerdem leicht unverhältnißmäßige Beschwerungen derselben eintreten dürften. Auch besorgten die Deputirten, daß die im zweiten Satze enthaltenen Worte: „mit Nachdruck", die Schutzverwandten zu der Meinung, als genössen sie einer besondern Begünstigung von Seiten der höchsten Behörden, verleiten und sie dadurch bei jeder Gelegenheit zum Beschwerdeführen veranlassen könnten.

Bei §. 109. unter a. trugen die gesammten Deputirten darauf an, es möge nach den Worten: „freiwillig gesucht haben", beigefügt werden: „jedoch nur dann, wenn sie in der Beschaffenheit ihres Amtes, oder in ihren sonstigen Verhältnissen liegende ausreichende Gründe anzuführen wissen"; so wie daß

bei h. desselben §phs die Bestimmung nicht auf vier Jahre, sondern auf die Dauer eines eben so langen Zeitraums, als der sich Entschuldigende Stadtämter bereits verwaltet habe, festgesetzt werde, und zwar sowohl, weil bisweilen besondere Umstände einträten, um derentwillen der Angestellte sein Amt früher niederlege, als außerdem der Fall gewesen sein würde, als auch, weil die Zahl der Verwaltungsjahre für die verschiedenen Posten ebenfalls eine verschiedene sein könne. Desgleichen werde es ebendaselbst sub h. und ebenfalls im ersten Satze statt: „eines ähnlichen Stadtamtes", heißen müssen: „eines der vorstehend sub e. bemerkten Aemter", weil außerdem die gewesenen Ersatzmänner unter dem Anführen: sie hätten ein bürgerliches Amt

von der Art des der Stadtverordneten — also ein ähnliches — bekleidet, die auf sie gefallene Wahl ablehnen zu dürfen glauben würden.

Bei §. 113. stellten die sämmtlichen Deputirten den Antrag dahin, daß diejenigen Beamten oder Bürger, welche mit dem Einquartierungsgeschäfte ausschließlich zu thun haben, bei Durchmärschen fremder Truppen mit Einquartierung in ihren Wohnungen fernerhin verschont bleiben möchten, indem dies allgemein für billig erachtet werde.

Bei §. 116b. und c. trugen einige Deputirte, unter Beitritt der Mehrzahl, darauf an, daß mit Genehmigung der vorgesetzten Regierungsbehörde auch die Kirchen und öffentlichen milden Stiftungen gehörenden Immobilien, welche zeither von städtischen Gemeindeleistungen befreit gewesen, insofern ihre Vermögensumstände solches erlaubten, zur Mitleidenheit bei der Commun gezogen werden möchten, da dieselben an den meisten Vortheilen des städtischen Gemeindeverbandes Theil nähmen und ihre Beitragsfähigkeit oft sehr bedeutend sei, ihr Vermögen sich außerdem nutzlos anhäufen würde, und sie ohnehin, irgend Etwas für die Erleichterung der städtischen Lasten zu thun, selten angehalten werden könnten.

Bei der achten Abtheilung „von den Befugnissen und Obliegenheiten der Stadtverordneten" wurde und zwar in Beziehung auf §. 122. sub f. angetragen, nach dem Worte „eröffnen" hinzuzufügen: „worauf derselbe ihnen binnen 14 Tagen die gefaßte Entschließung mit Beifügung der wesentlichsten Gründe bekannt zu machen hat", weil z. B., wenn von den Stadträthen nur ad acta resolvirt und dieses den Stadtverordneten bekannt zu machen unterlassen werde, leicht Verstimmungen und Mißverständnisse daraus entstünden.

Bei §. 125. gaben die meisten Deputirten hinsichtlich des zweiten Satzes den Wunsch zu erkennen: daß, zu mehrerer Sicherstellung der Communen und damit die Stadtverordneten nicht eine zu große Vertretung auf sich hätten, denselben erlaubt werden möge, so oft a. Veräußerungen und Abtretungen oder Acquisitionen bedeutender Immobilien oder Gerechtsame, z. B. der Gerichtsbarkeit; b. Einziehungen oder Aufnahmen über 300 Thlr. betragender Capitalien, und c. Ausschreibungen neuer Communalanlagen in Frage kämen, einen größern Ausschuß der Bür-

ger zur Berathung beizuziehen, welcher, der Zahl nach, etwa noch einmal so stark als die Zahl der Stadtverordneten sein könne. Dazu würden unvorgreiflich die ausgetretenen unbesoldeten Rathsmänner, Stadtverordneten und Stadtältesten; sodann die Ersatzmänner, und, wenn damit die bestimmte Zahl noch nicht erfüllt werden sollte, so viele als noch erforderlich von denen zu berufen seien, welche bei den Wahlen nach den Ersatzmännern die meisten Stimmen gehabt hätten.

Zugleich schlugen die Deputirten bei §. 126. am Schlusse den Zusatz vor: „Es ist aber auch ein Jeder aus der Versammlung sowohl befugt als verbunden, den Vorsteher darauf aufmerksam zu machen, damit dieser solchenfalls das Abtreten des einen oder andern Mitglieds veranlasse".

Bei der neunten, von der Wahl der Stadtverordneten und ihrer Ersatzmänner handelnden Abtheilung und zwar zuvörderst bei §. 129. richteten sämmtliche Deputirte dringende Bitten dahin, daß die Dienstzeit sowohl der Stadtverordneten als der unbesoldeten Rathsherren 2c. auf einen Zeitraum von 3 Jahren möge beschränkt werden. Denn Niemand könne ohne wesentliche Hintansetzung seines eignen Gewerbes mit Eifer und Treue sich 6 Jahre hindurch einem Stadtamte hingeben. Erfolge dagegen schon aller drei Jahre eine Ablösung, so werde es selten an qualificirten Männern fehlen, welche aus Liebe zum öffentlichen Besten ein solches mehrmals zu übernehmen sich verstehen dürften. Außerdem möchten wohl die Meisten auf alle Weise sich dieser Verbindlichkeit zu entziehen suchen. Es werde also auch im §. 131., sowie in den folgenden Abtheilungen des Entwurfs, so oft von diesen Dienstzeiten die Rede, in Beziehung auf vorstehenden Antrag, überall statt sechs Jahre drei Jahre und statt zweier Jahre ein Jahr zu setzen sein.

Bei §. 132. und 142. sind sämmtliche Deputirte, — mit Ausnahme des von Buchholz, welcher versichert, daß in seiner Stadt die unmittelbaren Wahlen der Stadtverordneten durch die Gemeinde sehr gut ausgefallen wären, — der Meinung: es sei rathsam, sämmtliche Wahlen durch Wahlmänner bewerkstelligen zu lassen, damit nicht der Einfluß des großen Haufens, so wie der Gleichgültigen oder Unverständigen nachtheilige Wirkungen darauf äußern könne. Zudem werde, wenn eine schlechte Wahl auf dem unmittelbaren Wege erfolge, dem Zufalle

die Schuld beigemessen, wogegen bei mittelbaren die Wahlmänner der ganzen Gemeinde mit ihrer Ehre für eine verständige Wahl haften müßten und daher gewiß immer mit möglichster Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit dabei verfahren würden.

Ferner ward bei §. 137. darauf angetragen, daß bei Ernennung der Wahlgehülfen die Stadtverordneten zugezogen werden möchten, weil sich die Wahlgehülfen in Folge des ihnen dabei obliegenden Censoramtes in der Regel den Unwillen eines Theils ihrer Mitbürger zuzögen, auch gewöhnlich dadurch während einiger Wochen hinter einander von ihren eignen Geschäften entfernt würden und aus beiden Gründen Niemand eine dergleichen Stelle gern annehmen wolle. Es sei sogar zu besorgen, daß man außerdem dem Rathe beimessen werde, er habe absichtlich Einen oder den Andern zur Uebernahme dieser Function ausersehen, um demselben die Zuneigung seiner Mitbürger zu entziehen.

Bei dem 2ten Satze des §. 140. fanden die Deputirten zu bemerken: daß selbst in kleinen Orten wenigstens drei Exemplare der Wahlliste zur Ansicht bereit liegen müßten, weil außerdem der Zudrang zu groß und behindernd sein würde, auch ein oder das andere Exemplar leicht zerrissen, verdorben oder ganz unlesbar werden könne; ferner, daß es, falls gedruckte Wahlzettel ausgegeben würden, gut und in mehreren Orten bereits mit Nutzen eingeführt sei, auf diesen Zetteln die Verhaltungsregeln für die Wähler mit abdrucken zu lassen, damit jeder ohne Ausnahme sogleich wisse, was er dabei zu thun habe. Ebenso zweckmäßig erscheine das Numeriren der Wahlzettel, weil dann ein Jeder sich nur seine Nummer merken dürfe, um nachweisen zu können, für wen er gestimmt habe, auch daraus, ob das Protokoll richtig sei, wenn es angefochten werden sollte, sofort hervorgehen müsse.

Bei §. 144. sprachen sich die Deputirten von Meißen, Döbeln, Waldheim, Lengefeld und Buchholz dafür aus, daß die Wahl der Wahlmänner auf Personen aus deren Mitte beschränkt werden möge, weil der stimmberechtigte Bürger gewöhnlich glaube: derjenige, den er zum Wahlmanne ernannt habe, müsse an sich schon vor allen Andern berücksichtigt werden. Auch würde dann die Wahl leichter sein. Die Deputirten der übrigen Städte, als von Radeberg, Plauen, Pulsnitz, Bautzen und Annaberg

waren jedoch entgegengesetzter Meinung, nämlich daß keine Beschränkung dieser Art stattfinden dürfe, sowohl, weil bei der Wahl der Wahlmänner Personen von Verdienst den Stimmberechtigten entgangen oder inzwischen eingetreten sein könnten, als auch, weil die Wahl außerdem durch mancherlei Rücksichten, welche die Wahlmänner wechselseitig auf einander nehmen möchten, werde beengt werden und dann keine freie zu nennen sein. Es bedurfte daher §. 144. des Entwurfs keiner Abänderung.

Bei §. 145. Seite 37, Zeile 5 des Entwurfs hielt die Mehrzahl dafür, daß, wenn man bei der Bestimmung des §phen: „wie viele Wahlmänner überhaupt und wie viele deren in jedem Wahlbezirke zunächst zu ernennen sind," statt des Wortes: „in" das Wort „durch" setze, jede falsche Auslegung wegfallen werde.

Bei §. 146. richteten die Meisten ihren Antrag dahin, daß den am Wahltage nothwendig abwesenden stimmberechtigten Bürgern vergönnt werden möge, ihre Stimmzettel ausgefüllt zurückzulassen oder dieselben jedoch, wie sich von selbst verstehe, nicht anders als tempestiv und mit genauer Bemerkung der Behinderungsursachen einzusenden. Dabei führten sie an: bisher schon wären in einigen kleinen Städten manche Wahlen nur deshalb nicht so gut, als man erwartet gehabt, ausgefallen, weil mehrere einsichtsvolle stimmberechtigte Männer, welche außerdem den Ausschlag gegeben haben würden, sich zufällig z. B. auf Messen oder Jahrmärkten, welche sie besuchen m ü ß t e n, abwesend befunden hätten.

Bei der z e h n t e n, „von der Geschäftsführung der Stadtverordneten" überschriebenen A b t h e i l u n g und zwar zuvörderst bei §. 157. richteten sämmtliche Deputirte den Antrag dahin, daß den Stadtverordneten nachgelassen werden möge, auch den requirirten Protocollanten eine nach den Umständen angemessene Vergütung zu bewilligen, weil außerdem oftmals Ablehnungen erfolgen würden, wie sie es denn auch der Billigkeit gemäß fanden.

Bei §. 168. wurde vor dem Worte: „berichten" der Zusatz g u t a c h t l i c h als wünschenswerth in Antrag gebracht, damit der Rath nicht, um auf keiner Seite anzustoßen, ohne sein pflichtmäßiges Gutachten auszusprechen, nur referire.

Bei §. 176. wurde angetragen: es möge verstattet werden, diese Geldstrafen z u n ä c h s t zu den bei den Geschäften der

Stadtverordneten vorkommenden Auslagen zu verwenden, worüber jedoch von denselben Rechnung abzulegen sein werde.

Bei der eilften, „von dem Stadtrathe im Allgemeinen" handelnden Abtheilung bemerkten zum 178. §phen sub b. die sämmtlichen Deputirten: sie wären instruirt, darauf anzutragen, daß den Stadtverordneten das Recht, für jede vacante Stelle eines städtischen Beamten oder Unterbedienten drei fähige Subjecte vorzuschlagen, eingeräumt werde, aus welchen sodann der Stadtrath eines zu wählen haben werde. Solchenfalls möge jedoch dem letztern auch frei stehen, eines oder das andere dieser Subjecte aus anzugebenden Gründen als nicht geeignet zurückzuweisen und den Vorschlag eines andern an dessen Stelle zu erfordern. Desgleichen werde der Stadtrath nicht einseitig entlassen dürfen, sondern die Aufkündigung oder Entlassung eines Angestellten als einen Gegenstand, der auf seiner und der Stadtverordneten gemeinschaftlicher Berathung und Entschließung beruhe, anzusehen haben. Denn gerade hier habe die Protectionssucht der Stadträthe die nachtheiligsten Wirkungen gezeigt und die unbrauchbarsten Subjecte wären oft den qualificirtesten vorgezogen worden. Ueberdies habe auch nicht selten das brutale, habsüchtige oder träge Benehmen solcher kleiner Machthaber die meiste Erbitterung unter dem Volke erzeugt, und nur dann, wenn weder die Ernennung, noch die Entlassung derselben von den Stadträthen allein abhänge, werde es hierin besser werden.

Bei §. 179. waren sämmtliche Deputirte in Ansehung der hiernach ebenfalls den Stadträthen allein verbleibenden Collatur-Rechte ausdrücklich instruirt zu erklären: in so fern man die Besetzung der geistlichen und Schulstellen nicht als eine auf der gemeinschaftlichen Beschlußnahme des Raths und der Stadtverordneten beruhende Angelegenheit ansehen wolle, möge den Stadtverordneten wenigstens das Recht, zwei Gastprediger oder Schulmänner zum Probehalten auszuwählen, und sodann wieder aus der Zahl Aller, welche als Prediger oder Schulmänner Probe gethan, drei dem Stadtrathe zu präsentiren, eingeräumt werden, unter welchen dem letztern sodann die Wahl verbleiben könne. Denn, fügten sie hinzu: unpassende Wahlen dieser Art veranlaßten auf lange Zeit hinaus die ärgerlichsten Mißverhältnisse in bürgerlicher und religiöser Hinsicht, und der Beispiele, daß die Stadträthe

bei Besetzungen dieser Stellen unlautern Beweggründen gefolgt hätten, wären nur zu viele vorhanden. Dagegen dürften, auf die von ihnen vorgeschlagene Weise, nicht allein die Stadträthe immer Gelegenheit finden, ihnen bekannt gewordene qualificirte Männer zur Kenntniß der Stadtverordneten zu bringen, sondern auch den Stadtgemeinden niemals Geistliche oder Schulmänner aufgedrungen werden können.

Bei §. 180. trugen sämmtliche Deputirte auf Weglassung der Worte: „in seinem Mittel befindlichen", und darauf an, daß der Kämmerer nicht zum Rathe gehören, auch gleich den übrigen städtischen Beamten von dem Stadtrathe und den Stadtverordneten gemeinschaftlich, aber nicht aus den Mitgliedern des Raths ernannt werden möge.

Der Deputirte von Döbeln fügte hinzu: bei einer Zusammenkunft der abgeordneten Commun-Repräsentanten aus den verschiedenen Städten des Leipziger Kreises wären alle insgesammt dieser Meinung gewesen. Zugleich hätten namentlich die von Leisnig und die von Rochlitz angeführt: daß bereits seit beziehlich 5 und 13 Jahren daselbst mit allerhöchster Genehmigung dem gemäß verfahren worden, so wie daß seitdem in diesen Städten ein weit besseres Verhältniß zwischen dem Magistrate und der Commun eingetreten sei. Auch habe sich, während der unruhigen Bewegungen im Lande, die Bürgerschaft dieser beiden Städte mit der Administration des Stadtraths allgemein zufrieden gezeigt, wogegen in den fünf anderen Städten des Kreises, namentlich über die von den Räthen zu besorgen gewesenen Einnahmen und Ausgaben, fortdauernd Unzufriedenheit und Aufregung wahrgenommen worden. Uebrigens wären auch, wie bekannt, in den meisten mittlen und kleinen Städten, wo der Kämmerer zugleich Mitglied des Raths gewesen, oder der Rath die Administration getheilt habe, von Zeit zu Zeit Kassendefecte vorgekommen.

Zugleich bemerkte der Budissiner Deputirte: Bei den Vierstädten der Lausitz sei der Kämmerer in ältern Zeiten ebenfalls ein Mitglied des Raths gewesen, nunmehr aber überall, unter diesem Namen oder unter dem eines Kämmerei-Verwalters, nur ein Officiant desselben, womit man allgemein Zufriedenheit zeige.

In Folge dessen Allen wurde bei §. 183. dahin angetragen: daß unter g. hinzugefügt werden möge: auch sei bei Besetzung der geistlichen und Schulstellen, sowie bei der Wahl des Kämmerers und der Unterbedienten in der, im §. 178. und 179. ausgesprochenen Maße zu verfahren.

Bei der zwölften, „von den Mitgliedern des Stadtraths und ihrer Wahl" rubricirten Abtheilung erinnerten zu §. 188. einige Deputirte: daß Manche bei Feststellung des Unterschieds zwischen „besoldeten und unbesoldeten" Mitgliedern an dieser Bezeichnung einen Anstoß fänden, indem sie besorgten, man werde künftig mit dem Worte: besoldete, die irrige Ansicht, als wären dieses bezahlte Personen, welche sich die Commun für ihr Geld halte und daher geringer beachten dürfe, verbinden. Es wurde daher vorgeschlagen: statt dessen die Unterscheidung durch „bleibende und wechselnde", oder „auf Lebenszeit und auf Zeit angestellte" zu bezeichnen.

Bei §. 189. u. 190. erinnerte der Deputirte der mittlern Städte des Voigtlandes, daß eine rechtskundige Rathsperson nirgends fehlen dürfe, wie denn auch in kleinen Orten zu gültiger Führung der Protocolle, Abfassung der Bescheide in Innungs-, Gewerbs- und Polizeisachen und zu eidlichen Verpflichtungen immer ein gesetzlich qualificirter Rechtsgelehrter erforderlich verbleiben werde, dafern nicht in dieser Hinsicht besondere Dispensationen ertheilt würden.

Ad b. desselben §phs besorgten Mehrere: der Titel Oberbürgermeister werde Ansprüche auf eine stärkere Besoldung nach sich ziehen, in welcher Hinsicht ihnen jedoch: daß dieser Titel hauptsächlich nur in Beziehung auf die Besetzung der ersten Kammer ertheilt werden solle, zu erkennen gegeben wurde; auch fanden

ad c. sämmtliche Deputirte nach dem Worte: „mittlern" noch den Zusatz: „und kleinern" einzuschalten für nothwendig.

Bei §. 195. wurde von sämmtlichen Deputirten, in Uebereinstimmung mit dem früher ad §. 129. formirten Antrage, nöthig befunden, daß das älteste Drittheil der unbesoldeten Rathsmitglieder statt aller zwei Jahre „alljährlich" ausscheiden und gleichergestalt die Dienstzeit derselben statt auf sechs Jahre, auf drei Jahre beschränkt werden möge.

Bei §. 196. trugen sämmtliche Deputirte darauf an, daß das besoldete Rathsmitglied, welches seine Stelle niederzulegen beabsichtige, seine diesfallsige Erklärung wenigstens sechs Monate vorher abzugeben gehalten sein möge. Denn die im vorliegenden Entwurfe festgesetzte Zeit von drei Monaten sei schon in so fern zu kurz, als nicht jede Stadtgemeinde ein für die erledigt werdende Stelle befähigtes Subject sogleich aufzufinden, und nicht jeder Berufene sich so schnell von seinen zeitherigen Verhältnissen zu trennen im Stande sein werde, auch die außerdem von daher zu besorgenden langen Vacanzen, namentlich bei den Stellen, welche eine juridische Befähigung erforderten, zu großen Verlegenheiten Anlaß geben könnten.

Bei §. 198. bezogen sich die Deputirten auf das bei §. 195. Erinnerte, wonach die Wahlen der Rathsmitglieder ebenfalls alljährlich würden statt finden müssen.

Bei §. 201. ward von der Mehrzahl der Zusatz beliebt: „die auf Lebenszeit angestellten Rathsmitglieder dürften jedoch unter einander weder im dritten Grade noch näher verwandt oder verschwägert sein.

Bei §. 202 — 207. bemerkten die Deputirten der Städte des Leipziger Kreises, sowie der Deputirte von Meißen im Auftrage der Stadt Pirna, und der Deputirte der mittlern Städte des Erzgebirges Namens der Stadt Freiberg: die bezeichneten Städte wünschten, daß die Wahl sowohl der Bürgermeister als der übrigen Rathsmitglieder den Stadtverordneten allein überlassen bleiben möge, weil, wenn die Bürgerschaft an die von dem Rathe vorgeschlagenen Subjecte gebunden werde, diese fortwährend mit Mißtrauen zu kämpfen haben würden. Dagegen erklärten sich die übrigen Deputirten, wie auch die der mittlern Städte des meißnischen und des gebirgischen Kreises für ihre Personen und Namens ihrer übrigen Committenten für die Beibehaltung des angezogenen Entwurfsparagraphen, wobei Beruhigung gefaßt wurde.

Bei der dreizehnten, „von den städtischen Deputationen" handelnden Abtheilung, und zwar zuvörderst beim 211. §phen bemerkten die Anwesenden: Im Eingange werde wohl anstatt: „in jeder Stadt" zu sagen sein: „in jeder größern und mittlern Stadt". Denn schon die mittlern Städte würden kaum aller

dieser Deputationen bedürfen, die kleinern aber gewiß nicht, wie denn diese auch das dazu nöthige Personale aufzubringen und bezüglich zu besolden schwerlich im Stande wären. Ferner werde ohnehin die 1ste Deputation den Haushaltsplan zumeist vorbereiten, wo nicht gänzlich entwerfen müssen, weil die dazu nöthigen Daten allesammt in deren Händen wären. Endlich trug die Mehrzahl darauf an, daß der Schlußsatz dahin: „Die Deputation für letztere kann aber auch nicht blos aus Angesessenen bestehen" abgeändert werden möge, weil vielleicht die Verhältnisse der Stadtverordneten einen unter den Unangesessenen befindlichen, vorzüglich einsichtsvollen Mann dabei zu haben wünschen ließen.

Bei §. 212. trugen sämmtliche Deputirte darauf an: daß das im Schlußsatze des §phen bezeichnete Befugniß des Stadtraths theils beschränkt, theils überhaupt näher bestimmt werden möge, und schlugen vor, zu sagen: „Dem Stadtrathe steht frei im Einverständnisse mit den Stadtverordneten auch noch außerdem andere Bürger den Deputationen beizusetzen". Dieses Einverständniß sei um deswillen nöthig, weil die bestehenden Deputationen sonst durch absichtliche Beiziehung mit ihnen nicht übereinstimmender Bürger gehemmt und überstimmt werden könnten. Zugleich glaubten sie anheim stellen zu müssen: ob es nicht überhaupt angemessener sei, die Stadtverordneten, da dieselben sämmtliche Verwaltungen controliren, die Rechnungen prüfen und justificiren sollten, von der Theilnahme an allen Deputationen auszuschließen, welche Verwaltungen und Rechnungsführungen mit sich brächten? Die reine Festhaltung der Grundsätze der Städteordnung scheine dies zu erfordern, obwohl die Zahl derer, welche zu bürgerlichen Aemtern zu ziehen wären, sich dadurch abermals vergrößere. Es sei dabei besonders zu erwägen, daß man außerdem besorgen werde, die übrigen Stadtverordneten möchten sich wohl gegen Administrationsfehler ihrer Collegen eben so nachsichtig zeigen, als man den Rathsmännern, daß sie zeither es gegen die Kämmerer gewesen, Schuld gegeben habe.

Bei der vierzehnten, „den städtischen Haushaltungsplan" betreffenden Abtheilung wurde nunmehr etwas zu erinnern nicht befunden.

Dagegen bemerkten die Deputirten bei der funfzehnten, „von der Controle der städtischen Verwaltung" handelnden Ab-

theilung, und zwar zu §. 223: es werde noch ausdrücklich beizufügen sein, daß den Stadtverordneten die Justification der Rechnungen und die Ausstellung des Justificationsscheins darüber zukomme. Zugleich mache sich nöthig, einen Zeitpunct, nach dessen Ablaufe die Verantwortlichkeit sowohl des Raths, als der Stadtverordneten in Ansehung der während ihrer Amtsverwaltung vorgekommenen Handlungen verjähren solle, gesetzlich zu bestimmen, da die Frage: ob die Justification von allen Ansprüchen entledige? bekanntlich controvers sei, und es Manchen sehr beunruhigen würde, wenn er oder seine Nachgelassenen erst nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist liberirt werden sollten.

Bei der sechzehnten, das Verfahren, wenn die Zustimmung der Stadtverordneten nicht zu erlangen sein sollte, sowie bei der siebenzehnten, die Bezirksabtheilungen und Bezirksvorsteher betreffenden Abtheilung fand sich ebenfalls etwas Erhebliches nicht zu erinnern. Dagegen wurde

bei der achtzehnten, „von der Gerichtsbarkeit in den Städten" handelnden Abtheilung, und zwar vorerst zu §. 235. von dem Deputirten der mittlern Städte des Leipziger Kreises erklärt: er sei instruirt, darauf anzutragen, daß die Wahl des Stadtgerichtspersonales und aller Kassenbeamten, eben so wie die der Rathsmitglieder den Stadtverordneten allein überlassen werden möge. Sollte aber dieser Antrag die allerhöchste Genehmigung nicht erlangen, so möge bei dergleichen Wahlen wenigstens, wie bei der Wahl des Bürgermeisters, und nach Maßgabe der Erinnerungen ad §. 202. verfahren werden. Dagegen trugen die übrigen Deputirten nur auf Zuziehung der Stadtverordneten und auf Beachtung des Widerspruchs derselben bei der Wahl des Stadtgerichtspersonales an. Es war daher dem ersterwähnten Specialantrage keine weitere Folge zu geben.

Bei §. 237 — 247. wurde die Frage: ob und welche Städte wohl die Gerichtsbarkeit an den Staat abzutreten wünschen und unter welchen Bedingungen dieselben hinsichtlich der zeither damit verbunden gewesenen Nutzungen und Kosten dazu geneigt sein dürften? aufgeworfen, die Beantwortung derselben jedoch bis zum Schlusse der Verhandlungen ausgesetzt, weil erst dann, wie überhaupt und in allen Theilen die neue Städteordnung

sich gestalten solle und könne, vollständiger zu übersehen sein werde.

Bei §. 249. trugen die Deputirten der kleinen Städte, insoweit diese mit Gerichtsbarkeit versehen sind, darauf an: daß die Aufkündlichkeit des Stadtrichteramts, dafern der dasselbe verwaltende Rechtskundige Pflichtvernachlässigungen sich zu Schulden bringen sollte, festgestellt werden möge, weil die Erfahrung gezeigt habe, daß die Stadtschreiber, welche in den meisten dergleichen Städten zugleich das Stadtrichteramt auf sich hätten, in den ersten Jahren ihrer Amtirung sich meistentheils gut benähmen, späterhin aber zur Unzufriedenheit Anlaß gäben. Namentlich unterzögen sie nicht selten sich zu vielen andern Geschäften, um ihren Nahrungserwerb zu erhöhen, woraus oftmals Verabsäumungen ihrer städtischen Amtspflichten entstünden. Ursprünglich, fügten die gedachten Deputirten hinzu, sei daher ihr Auftrag sogar dahin gegangen fest zu setzen, daß Niemand beim Rathe oder beim Stadtgerichte auf Lebenszeit, sondern daß ein Jeder nur auf 6 Jahre angestellt werden möge, indem er ja alsdann immer wieder gewählt werden könne.

Im Allgemeinen wurde ihnen hierbei bemerkbar gemacht: ein die Verhältnisse, Pflichten und Rechte der Staatsdiener betreffendes Gesetz sei nächstens zu erwarten, und sie würden wohl thun, bei Abfassung der örtlichen Statuten ihre Beamten den Staatsbeamten soviel möglich gleich zu setzen.

Bei §. 251. ward von sämmtlichen Deputirten vorgestellt, daß die im 3. Satze des §phen enthaltene Bestimmung, besonders in den kleineren Städten, Schwierigkeiten finden werde, weil es daselbst größtentheils nicht nur dazu, sondern auch überhaupt an geeigneten Personen mangele. Nach Maßgabe §. 130. 189. 211. 212. 228 flg. 232. 251. 253. 275 und 285. des vorliegenden Entwurfs machten sich nämlich, wenn alle Stellen der Commun- und Justizverwaltung gehörig besetzt werden sollten, schon bei Mittelstädten 18 Stadtverordnete, 9 Ersatzmänner derselben, circa 8 Bezirksvorsteher, 8 Ersatzmänner derselben, 1 Bürgermeister, 2 besoldete Rathsmänner, 3 unbesoldete, 1 Stadtrichter, 1 Protocollant, 3 Assessoren, wenigstens 4 Diener incl. der Frohne, sowie 3 Einnehmer und Kassenverwalter nöthig, woraus sich bereits ohne die Copisten und ohne das bei der Armenversorgung, so wie bei anderen polizeilichen Anstalten weiter nöthige

Personale zu rechnen, eine Zahl von 61 Personen ergebe. Sonach würden, besorgten sie sehr, — da zumal bei vielen dieser Stellen der Wechsel vorgeschrieben sei, — in solchen Orten taugliche Leute oftmals fehlen; der Schwierigkeiten nicht zu gedenken, welche die Aufbringung der zu den Besoldungen nöthigen Geldmittel machen müsse. Wie es bei kleinen Orten damit werden solle, sei offenbar gar nicht abzusehen. Eben deshalb hätten sie sich, mehrere besondere Bemerkungen bei diesem Abschnitte hinzuzufügen, enthalten.

In Hinsicht der Mittelstädte wurden sie bedeutet: daß, wenn sich auch in den nächsten Jahren an durchaus qualificirten Personen hier und da eben kein Ueberfluß zeigen sollte, so sei doch zu erwarten, daß durch die neuen Institutionen der Gemeinsinn steigen, auch eine Mehrzahl fähiger Bürger herangezogen und daher künftig gewiß leichter zu finden sein werde. Zugleich wurden die Deputirten, bei der bevorstehenden Abfassung der Localstatuten jedes Orts auf diesen Umstand besonders Rücksicht zu nehmen, aufgefordert.

Bei dem neunzehnten, „von der Stadtpolizeibehörde" handelnden Abschnitte und zwar zuvörderst bei §. 260. fanden sämmtliche Deputirte für zweckdienlicher, die Gerichtsbehörde jeden Orts von der Polizeipflege zu entbinden.

Bei §. 268. ward beantragt, nach den Worten: „statt den Bezirksvorstehern" die Clausel: „wenn es die Umstände nöthig machen," einzuschalten, weil sonst diejenigen, welchen ohne Weiteres und ohne ein einleuchtendes dringendes Bedürfniß ein Anderer beigesetzt werde, sich dadurch gekränkt fühlen würden.

Bei §. 270. trugen sämmtliche Deputirte darauf an, daß die Gränzen des polizeilichen Strafbefugnisses genauer bestimmt werden möchten, wie denn überhaupt gesetzliche Anordnungen über das Verfahren in Polizeistrafsachen höchst wünschenswerth wären, weil außerdem eine zu große Verschiedenheit und Willkürlichkeit dabei nicht zu vermeiden sein werde.

Bei §. 274 und 275. in der zwanzigsten, „vom Stadtarmenwesen" handelnden Abtheilung bemerkten die Deputirten: es schienen die darin enthaltenen Bestimmungen mit einander einigermaßen im Widerspruche zu stehen. Denn nach dem erstgedachten §phen gewinne es das Ansehen, als ob die Wahl der

Deputation dem Rathe allein überlassen bleiben solle, — welchenfalls sie ebenfalls eine Abänderung wünschen würden, — der folgende §ph aber gestatte im zweiten Satze eine dreifache Weise der Ernennung. Sie bäten daher um nähere Feststellung.

Bei der einundzwanzigsten, „von den Angelegenheiten der Kirchen, Schulen und geistlichen Stiftungen" überschriebenen Abtheilung trugen sämmtliche Deputirte dringend darauf an, daß die Besorgung der äußern, die Kirchen und Schulen betreffenden Angelegenheiten, als z. B. der Baulichkeiten, künftig lediglich dem Rathe, und zwar mit Zuziehung der Stadtverordneten, sowie bezüglich der Ortsgeistlichen, Schullehrer und Kirchväter überlassen werden möge, damit die, durch die zeither oftmals eintretende Concurrenz verschiedener, meist entfernter Behörden, namentlich bei Localexpeditionen, unvermeidlich entstehenden, für die Aerarien und Gemeinden oftmals ganz unverhältnißmäßigen und doch höchst drückenden Kosten vermieden werden könnten. Zugleich bemerkten dieselben im Allgemeinen: wenn sie auch sowohl für diese Fälle als bei mehreren anderen §§phen, wo im Entwurfe den Stadträthen allein die Berathung und Entschließung vorbehalten worden, auf Zuziehung der Stadtverordneten angetragen hätten, so sei dieses doch keinesweges aus Mißtrauen oder um das Ansehen der Behörden zu schwächen, geschehen, sondern vielmehr, weil sie der Meinung wären, daß nur, wenn die Stadtverordneten überall zur Mitwirkung gezogen würden, das Vertrauen zwischen sämmtlichen Stadtbewohnern und dem Rathe durch nichts untergraben werden könne. Denn, stünden auch die Stadtverordneten gewissermaßen dem Rathe gegenüber, so sollten sie doch, ihres Erachtens, so selten als möglich ihm entgegen zu treten Veranlassung finden. Dieß aber werde nur dann sich erreichen lassen, wenn der Rath dieselben in allen den bemerkten Fällen gleichfalls hören und zuziehen müsse.

Demnächst trugen bei Durchgehung des dem Entwurfe der allgemeinen Städteordnung beigefügten, „die gesetzlichen Bestimmungen, welche bei Einführung derselben zu treffen sein würden, betreffenden Anhangs" die deputirten Communrepräsentanten darauf an: es möge die im zweiten Satze des §ph 3. erwähnte Bestimmung der Zahl und übrigen Verhältnisse der Mitglieder

des Stadtraths und Stadtgerichts, hauptsächlich nicht dem nach Maßgabe §. 2. eben daselbst zu ernennenden Commissar, sondern den Communrepräsentanten, — welche dabei die in der allgemeinen Städteordnung enthaltenen Vorschriften zu berücksichtigen haben würden, — obwohl unter Leitung des Commissars — überlassen werden. Uebrigens besorgten sie gar sehr, daß, wenn diese Kapitel der örtlichen Statuten nur provisorisch ausgearbeitet, mithin bei dieser Gelegenheit die Pflichten und Rechte jedes Anzustellenden nicht sogleich mit möglichster Genauigkeit normirt würden, für die neu anzustellenden Beamten eine große Ungewißheit über ihre künftige Existenz herbeigeführt und in Folge dessen gar mancher vorzüglich geeignete Competent darauf einzugehen zur Zeit noch bedenklich finden werde.

Bei §ph 4. erklärten die sämmtlichen Deputirten: sie wären instruirt, gegen die Bewilligung von Pensionen für das abgehende Raths- und Stadtgerichtspersonale submissefte Vorstellung zu thun. Denn nicht zu gedenken, daß ihre Communrepräsentanten glaubten: die meisten der abgehenden Raths- und Stadtgerichtspersonen wären, nach Beschaffenheit der von ihnen geführten Amtsverwaltung, Ansprüche auf Pensionen zu machen nicht befugt, so dürften auch die Kassen und Communen der mittlern Städte meistentheils zu arm sein, um die bedeutenden Summen, welche solchenfalls aus denselben zu bestreiten sein würden, tragen zu können. Zudem bedürften in den meisten kleinen Städten die abgehenden Rathspersonen irgend einer Entschädigung um so weniger, als dieselben, bei dem geringen Umfange ihrer Amtsgeschäfte, ihr Gewerbe unbeschadet derselben schwunghaft zu betreiben im Stande gewesen wären, und sich ihm nachher wieder gänzlich zu widmen vermöchten.

Sie werden hierauf zuvörderst nicht nur aus dem Gesichtspuncte des Rechts über die wohlbegründeten Ansprüche, welche dem nicht wieder anzustellenden Personale, insoweit es nicht die Absetzung verwirkt habe, zustünden, sondern auch über die Verhältnißmäßigkeit der vorgeschlagenen Bestimmungen und die Mäßigkeit derselben, wenn man sie mit den z. B. in der preußischen Städteordnung vom Jahre 1808 enthaltenen vergleiche, belehrt, sowie insbesondere darauf aufmerksam gemacht, daß bei einem besonnenen Verfahren diese Pensionen einen so bedeutenden Aufwand, als sie besorgten, nicht erfordern würden.

Bei eben demselben §phen sub b. Seite 72. des Entwurfs wünschten die Deputirten: es möge den Communrepräsentanten wenigstens überlassen werden, ob sie den nicht wieder erwählten, zur Pensionirung geeigneten zeitherigen Rathsmitgliedern die vorher noch zu ermittelnden Pensionen oder ein für allemal ein dreijähriges Amtseinkommen als Abfindungsquantum zugestehen wollten. Sonst würden diejenigen nicht wieder erwählten Raths- oder Stadtgerichtsmitglieder, welche z. B. nur eine kurze Lebensdauer noch zu erwarten hätten oder einer andern Versorgung entgegen sähen, auf einem Abfindungsquantum bestehen, und dadurch auf einmal ihren Communen eine große Last aufgebürdet werden.

Bei dem Satze sub d. ebendaselbst führten die Deputirten an: das Amtseinkommen, welches ein Raths- oder Stadtgerichtsmitglied während der letzten Jahre gehabt, werde einen richtigen Maßstab nicht abgeben, weil dasselbe gegenwärtig an mehreren Orten dadurch, daß die eingehenden Sporteln wegen der vacanten Rathsstellen in wenigere Theile zerfallen wären, stärker als gewöhnlich gewesen sei. Es werde mithin jeder außerordentliche Zugang dieser Art abgerechnet werden müssen.

Endlich erklärten bei Durchgehung der dem Entwurfe der allgemeinen Städteordnung ebenfalls zu dessen Erläuterung angefügten, mit A. B. und C. bezeichneten „tabellarischen Formulare und des unter D. vorgeschlagenen Regulativs für die Gränze des Wirkungskreises der Polizeibehörden," sämmtliche Deputirte: sie hätten zwar im Allgemeinen Etwas dabei zu erinnern nicht gefunden, wollten sich jedoch vorbehalten, dasjenige, was einem Jeden von ihnen als in der Specialität wünschenswerth erschienen sei, noch bei Entwerfung der Localstatuten anzubringen.

Uebrigens wurden, weil nunmehr ein vollständiger Ueberblick des Ganzen gewonnen werden konnte, sämmtliche über die gehaltenen Berathungen aufgenommenen Protocolle mit den versammelten Deputirten nochmals durchgegangen, die dabei vorgebrachten Ansichten und Anträge einer wiederholten Prüfung, mit Berücksichtigung der inzwischen für einige derselben eingegangenen Instructionen, unterworfen und was man davon noch bemerkenswerth fand, um für die Zukunft das Aufsuchen zu erleichtern, sofort durch Marginalregistraturen nachgetragen. Dabei

ergab sich aber, namentlich in Beziehung auf die Ausführbarkeit des vorliegenden Entwurfs in den kleinen sowohl unmittelbaren als den Vasallen-Städten, so mancherlei zu bedenken, so wie eine so große Verschiedenheit in den Verhältnissen und Bedürfnissen eines jeden dieser kleinen Orte, daß, was in dieser Hinsicht annoch nöthig erschien, nicht dermalen, sondern erst bei Abfassung der Localstatuten festzustellen beschlossen werden mußte und also hieher nicht gehörte.

Endlich kam man bei dieser Gelegenheit auf die bereits bei §. 237—242. des Entwurfs berührte Frage zurück: ob und welche Städte wohl ihre Gerichtsbarkeit an den Staat abzutreten wünschten und unter welchen Bedingungen dieselben hinsichtlich der zeither damit verbunden gewesenen Nutzungen und Lasten dazu geneigt sein würden? — deren Beantwortung damals aus dem dabei bemerkten Grunde ausgesetzt worden war.

Die Deputirten erklärten darauf im Wesentlichen: Speciell vermöchten sie diese Fragen nicht zu beantworten. Jedoch sei soviel gewiß, daß fast jede Stadt innerhalb ihres Bezirks eine eigene Gerichtsbehörde zu behalten oder zu besitzen wünsche. Wenn einzelne Städte sich zeither schon geneigt gezeigt hätten, ihre Gerichtsbarkeit an den Staat abzutreten, so befänden sich dieselben entweder in dem Falle, daß sie die Lasten der eigenen Gerichtsbarkeit zu übertragen kaum mehr im Stande wären, weßhalb z. B. ein Theil der Communrepräsentanten in Plauen den gedachten Wunsch hege, oder daß sie auf diese Weise die Verlegung einer königlichen Justizbehörde in ihre Städte zu erlangen und die bürgerliche Nahrung derselben durch das anzustellende Amtspersonal und den Zufluß der Rechtsuchenden zu vermehren hofften, wie dies unter Andern in Frankenberg, Kirchberg und Werda eintreten werde, oder auch, daß fortgesetzte Unzufriedenheit, — ob begründete oder unbegründete möge dahin gestellt bleiben, — mit dem zeither das Stadtgericht zugleich bildenden Rathe den Wunsch, diesen Zustand zu verändern, erzeugt habe, z. B. in Stolpen. Hiernächst würden auch ihres Wissens und wahrscheinlich alle Vasallenstädte, denen nach den Localverhältnissen ein von der Herrschaft unabhängiges eigenes Stadtgericht nicht zu Theil werden könne, unter Königl. Gerichtsbarkeit zu gelangen vorziehen. Außer diesen Fällen aber werde jede Stadt lieber die eigene Gerichtsbarkeit,

wenn auch mit einiger Beschwerde, zu erhalten oder zu erlangen suchen, als sich unter die der Königl. Aemter so wie dieselben gegenwärtig organisirt wären, begeben. Denn so wenig sie im Allgemeinen über eine rauhe Behandlung bei den Königlichen Aemtern klagen könnten, so sei doch in der Regel das Benehmen des eigenen Stadtgerichts gegen die Bürger ein anderes. Das Personale des Stadtgerichts sehe in dem letztern seine Mitbürger, deren Freude und Leid es theile, und suche sich durch Milde und Beweise der Theilnahme deren Zuneigung zu erhalten. So lasse z. B. ein Rathsmann den Bürger, gegen den eine Klage oder Beschwerde eingelangt sei, nicht selten erst zu sich kommen und spreche mit ihm darüber, ob und wie er den Unannehmlichkeiten eines Processes ausweichen könne? oder suche Streitigkeiten im Entstehen außergerichtlich beizulegen. Ferner sei das eigene Stadtgericht mit den persönlichen, Familien- und Vermögensumständen der Ortsbewohner vertrauter, und daher im Stande, dieselben vorkommenden Falls zu berücksichtigen. Beides könne bei den Aemtern in dieser Maße nicht stattfinden, da zumal das Personale derselben oft sich ändere und die meisten bei den kleinen Städten Angestellten in die größeren befördert zu werden fortwährend wünschten. Auch könnten die mit Geschäften überhäuften Aemter der Erörterung der Händel in der Stadt so viele Zeit nicht widmen, und eben so wenig die, als die eigenen Gerichte, Raths bedürfenden Bürger darüber belehren. Den Amtmann selbst zu behelligen, getraue ein Bürger sich selten, und die Actuarien müßten sich immer nur bemühen, das ihnen zunächst Aufgegebene baldmöglichst zu vollbringen, überdieß würden dieselben als Subalterne, sogar in den Fällen, wo sie dem Bürger Rath geben dürften so wie dazu geneigt und im Stande wären, doch nicht leicht das volle Vertrauen derselben genießen; nicht zu gedenken daß das eigene Stadtgericht öfter auf die Vermögens- und Familienumstände der Betheiligten schonende Rücksicht zu nehmen, auch Gestundungen und Erlasse oder Minderungen der Kosten stattfinden zu lassen, in vielen Fällen im Stande sein werde, ohne daß es dabei besonderer Berichtserstattungen und Erörterungen oder Weisungen höherer Behörden bedürfe. Außerdem komme wohl auch noch in einigen Betracht, daß doch Jedermann ungern ein Vorrecht aufgebe.

Möge demnach auch in den meisten Aemtern der Geschäftsgang geordneter, die Rechtspflege gründlicher, auch wohl unpar-

teiischer und die Verantwortlichkeit durchaus strenger, als bei manchen Stadtgerichten sich bewährt haben, so würden doch in der Regel die Bürgerschaften für die eigenen Gerichte eine Vorliebe behalten. Dagegen wollten sie nicht in Abrede stellen, daß andererseits collegialisch organisirte Districtsgerichte, wenn selbige in den Städten den Wohnsitz erhielten, mehrere Vorzüge sowohl der eigenen Gerichtsbarkeit, als der Aemter vereinigen könnten.

Uebrigens und im Allgemeinen glaubten sie, es würden bei den kleinen Städten, nur wenn dieselben mit eigener Gerichtsbarkeit zeither schon versehen wären, dem gegenwärtigen Entwurfe entsprechende Einrichtungen, und auch da nur mittelst mannigfacher Combinationen getroffen werden können. Denn der Mangel an Communaleigenthum, an für die Besetzung der nöthigen Stellen geeigneten Bürgern oder Einwohnern und selbst der geringe Umfang der Geschäfte werde die Einführung vieler von den organischen Vorschriften des vorliegenden Entwurfs theils gar sehr beschränken, theils unnöthig machen. Daher und weil ohnehin bei Abfassung der örtlichen Statuten nur die in dem Entwurfe gegebenen Grundzüge der Städteordnungen anwendbar werden dürften, hätten sie auch bei den in der achtzehnten, von der Gerichtsbarkeit handelnden Abtheilung und den darauf folgenden Bestimmungen, soviel die kleinern Städte anbelange, nur wenige Erinnerungen beigefügt. Hiezu komme, daß ohnehin auf die Communalverfassung der Vasallenstädte, welche mit eigener Gerichtsbarkeit nicht versehen wären, nur, obwohl gewiß mit bestem Erfolge, die bei Eröffnung der Verhandlungen angegebenen Hauptgrundsätze der allgemeinen Städteordnung, außerdem aber nur wenige specielle Bestimmungen derselben anwendbar sein würden. Denn an den meisten dieser Orte sei das Communalwesen zu geringfügig. Eigenthum besäßen dieselben in der Regel nicht; das Erforderliche müsse durch Anlagen aufgebracht werden, und die Gehalte wären so unbedeutend, daß sie, selbst zusammengeschlagen, nicht ausreichen würden, um auch nur einem Rechtskundigen eine irgend angemessene Besoldung zu gewähren, obwohl, wie schon erwähnt worden, ein Rechtsgelehrter im Collegio namentlich zu Abfassung der Protocolle bei Wahlen und Polizeisachen, Berichte, Bescheide u. s. w. unentbehrlich sei. Das übrige Rathspersonale bestehe

daselbst meistentheils nur in zwei abwechselnd amtführenden Bürgermeistern und zwei Rathsmännern, welche insgesammt neben den Amtsgeschäften ihr Gewerbe schwunghaft zu betreiben recht wohl im Stande wären, weil ihr Geschäftskreis nur äußerst wenige magistratische Befugnisse umfasse und ihre Obliegenheiten sich meistentheils nur auf die Besorgung der städtischen Einnahmen und Ausgaben so wie auf einige polizeiliche Verrichtungen beschränkten, welche ihnen von den herrschaftlichen Gerichten überlassen würden. Solle nun in diesen kleinen Vasallenstädten die Ertheilung einer Communalverfassung unter Berücksichtigung der Hauptgrundsätze der Städteordnung mit nur einigem Erfolge stattfinden, so mache sich nothwendig, daß die Herrschaften zum Besten des Ganzen den Stadträthen ein weiteres Feld der Thätigkeit einräumten, vornehmlich aber auf die Wahl der Rathsmänner, Stadtverordneten u. s. w. alles Einflusses sich begäben, indem die Mehrzahl der Stadtbewohner, da sich das Interesse derselben sehr oft mit dem herrschaftlichen nicht vereinigen lasse, einer lediglich von der Herrschaft erwählten Obrigkeit niemals völlig vertrauen und den Communen mit deren freier Wahl einer der Hauptgegenstände ihres Strebens entzogen werden würde.

In dieser Hinsicht verwies man die Deputirten auf die §. 15. dem Entwurfe der Städteordnung angehängten gesetzlichen Bestimmungen und die darin eröffneten Aussichten, sowie auf ruhiges Erwarten der wahrscheinlich in Kurzem der gesammten Gerichtsverfassung bevorstehenden neuen Gestaltung.

Schlüßlich sprachen die sämmtlichen anwesenden Deputirten die lebhafte Ueberzeugung aus, daß die bevorstehende Umgestaltung des Städtewesens ein besseres Zeitalter für Bürger- und Gemeinwohl und einen Wetteifer der verschiedenen Städte in der Vervollkommnung ihrer Verwaltungen herbeiführen, den Gemeinsinn erhöhen, den Obrigkeiten mehr Vertrauen und Stärke gewähren und den zeither in mancherlei Beziehungen wahrgenommenen Mißverhältnissen, Mängeln und Ungebührnissen für immer ein Ziel setzen werde, und versicherten zugleich, daß sowohl sie als ihre Communen mit den regsten Dankgefühlen die von Tage zu Tage sich mehrenden, allenthalben aus Wort und That, namentlich auch aus dem ihnen vorgelegten Entwurfe und ihrer Einberufung hervorgehenden Beweise der Volksliebe unserer allergnädigsten Regenten wahrgenommen hätten, und gewiß das in

sie gesetzte Vertrauen durch ihr ferneres Verhalten zu rechtfertigen immer bemüht sein würden.

Die über die vorgewesenen Verhandlungen abgefaßten Protocolle gelangten unterm 8. Juli 1831 mittelst allerunterthänigsten Vortrags an den Königl. geheimen Rath.

(Fortsetzung und Schluß folgen.)

Präjudizien.

64.

Eine Ehefrau, welche Sachen des Ehemannes als ihr eigenthümlich gehörige in Anspruch nimmt, hat blos zu beweisen, daß sie solche von ihrem Ehemanne gekauft und gegen Zahlung übergeben erhalten habe, nicht aber noch außerdem darzuthun, woher sie die Mittel zur Bezahlung hergenommen habe.

„So viel nun die Sache selbst betrifft, so hat man der Ansicht der ersten Instanz, daß die Intervenientin rücksichtlich der Bl. — im letzten Satze angegebenen Objecte zu dem Beweise ihrer Angaben zu lassen sei, vor der Meinung der vorigen Instanz, daß die Intervention nicht Statt habe, aus nachstehenden Gründen den Vorzug gegeben:

Die zweite Instanz stellt nach Bl. — folg. den Grundsatz auf, daß, wenn die Intervenientin zu Rechtfertigung ihrer Intervention sich auf den Bl. — abschriftlich befindlichen Kaufcontract beziehe, dieß in so fern ungenügend sei, als dieselbe zufolge jenes Kaufes den Kaufpreis für die von ihrem Ehemanne gekauften Gegenstände theils durch Anrechnung ihres Einbringens, theils baar bezahlt habe und, soviel die Baarzahlung betreffe, es an jeder näheren Angabe darüber fehle, woher sie die Mittel dazu hergenommen habe. Wäre dieser Grundsatz richtig, so würde daraus immer noch nicht folgen, daß die Intervention abzuweisen wäre, indem es nach der Lage des Processes unbedenklich sein würde, der Intervenientin die nähere Begründung und weitere Ausführung ihren Angaben für den Beweis vorzubehalten. Indessen hat man dem Grundsatze in der gegenwärtiger Instanz an sich nicht beizutreten vermocht.

Wenn die vorige Instanz zunächst eine Präsumtion dafür, daß die Intervenientin die zur Baarzahlung erforderlichen Mittel aus dem Vermögen ihres Ehemannes erhalten habe, daraus ableitet, daß in der Regel Alles, was eine Ehefrau während der Ehe erwerbe, dem Ehemanne gehöre, so ist dagegen zu erwähnen, daß erstens eine solche Regel, wie die angegebene, gar nicht besteht, indem die Ehefrau während der Ehe auf verschiedene Weise Vermögen erwerben kann und der Ehemann im Zweifel nur das Recht hat, die Ueberlassung desselben zur Verwaltung und Nutznießung zu verlangen, und zwei-

tens, auch der Fall nicht ausgeschlossen ist, daß die Ehefrau Gelder, welche sie schon vor der Ehe erworben, dem Ehemanne noch nicht inferirt, sondern noch in den Händen hat.

Weiter giebt es eine allgemeine Vermuthung, daß alles, was die Ehefrau besitzt, dem Ehemanne gehöre, nicht, und wenn man sich deßhalb gewöhnlich auf die l. 51. D. de donat. int. V. & U. bezieht, so bedarf es blos der Bemerkung, daß dieses Gesetz nur im Interesse der Ehefrau selbst eine Präsumtion aufstellt, welche auf andere Fälle, als den im Gesetze namentlich angegebenen, nicht zu extendiren ist.

Hat nun eine Ehefrau von ihrem Ehemanne eine Sache gekauft und dem letzteren den Kaufpreis baar bezahlt, so ist im Zweifel vorauszusetzen, daß sie den Kaufpreis aus eigenen Mitteln bezahlt habe. Zwar läßt sich denken, daß der Ehemann das Geld der Ehefrau vorher selbst gegeben habe, damit diese ihm solches als Kaufpreis bezahle, oder die Ehefrau die zur Zahlung erforderlichen Mittel von dem Vermögen des Ehemannes genommen habe. Dergleichen Fälle können aber nicht präsumirt werden, sondern sind von demjenigen, welcher sie behauptet, darzuthun.

Es folgt hieraus, daß der Intervenientin an sich etwas Weiteres nicht zu beweisen obliegt, als das factum der baaren Zahlung des Kaufpreises für die von ihrem Ehemanne erkauften Objecte. Beweist sie dieses factum, so ist zu vermuthen, daß sie das Kaufspretium aus ihren eigenen Mitteln bezahlt habe und es bedarf keines weiteren Nachweises der Art des Erwerbes dieses Geldes Seiten ihrer. Auf dieses letztere Moment könnte nur dann etwas ankommen, wenn die Gegner ihren Gegenbeweis darauf richten sollten, daß das Geld, welches die Intervenientin bezahlt, nicht dieser, sondern dem Ehemanne gehört habe, oder sonst die Zahlung des Kaufpreises blos simulirt worden sei. In dieser Hinsicht kann es im Interesse der Intervenientin liegen, ihren Beweis zugleich mit darauf zu stellen, daß die Gelder, welche sie bezahlt habe, ihr gehörig gewesen seien und auf welche Weise sie solche erworben habe. Dieß enthält aber nicht einen Gegenstand des directen, sondern blos indirecten Beweises, oder mit anderen Worten einen solchen, auf welchen der Intervenientin, so weit es ihr angemessen erscheint, Elisivartikel zu richten unbenommen bleibt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Henrietten Carolinen Schwabe gegen Carl Bernhard Schmidt und Cons., vom Monat Januar 1856.) Z.

65.

Bei Verträgen, welche durch Briefe geschlossen werden, ist im Zweifel für die Erklärung der gebrauchten Worte der Sprachgebrauch des Wohnortes des Proponenten entscheidend.

„In den Gründen der vorigen Instanz wird gesagt, daß bei Verträgen unter Entfernten die gewöhnlichen Grundsätze, welche über

Auslegung dunkler und zweifelhafter Verträge gelten, dann nicht in Anwendung kommen könnten, wenn die beim Abschlusse des Vertrages gebrauchten Ausdrücke an sich weder dunkel noch zweideutig seien, sondern nur an verschiedenen Orten eine andere Bedeutung haben, welche aber an jedem dieser Orte für sich deutlich und gewiß sei; nicht minder wird dort weiter anerkannt, daß in einem solchen Falle in der Regel der Sprachgebrauch des Ortes entscheide, von welchem aus die Proposition gemacht wurde, und es erscheint dies um so richtiger, als im Zweifel der Sinn des Sprechenden entscheidet, und man anzunehmen hat, daß der Proponent bei seinen Ausdrücken den ihm geläufigen Sprachgebrauch vor Augen gehabt haben werde.

Vergl. außer den Bl. — angezogenen Schriften auch Puchta's Pandecten §. 66.

Nichtsdestoweniger hat die zweite Instanz es bedenklich gefunden, in dem vorliegenden Falle diese Grundsätze zu Gunsten des Beklagten in Anwendung zu bringen, weil er mit Ausländern und nur brieflich contrahirt habe, deshalb aber nicht in der Lage gewesen sei, so ohne Weiteres vorauszusetzen, daß seinen Mitcontrahenten, den Klägern, das hier in Sachsen übliche Maß bekannt sein werde, oder zu vermuthen, daß am Wohnorte der Kläger das sächsische Maß ebenfalls gesetzlich eingeführt sei, oder von den Klägern doch nach diesem Maße bei aus Sachsen erhaltenen Bestellungen gearbeitet werden würde. Diese Bedenken kann man jedoch nicht theilen; gerade bei solchen Verträgen unter Entfernten, welche durch Briefwechsel geschlossen werden, wird der Sprachgebrauch des Ortes, wo der Proponent wohnt, von entscheidender Wichtigkeit,

vergl. v. Savigny, Syst. d. heut. röm. Rechts, Band VIII. §. 374. S. 265 flg.

und daß den Klägern der zwischen dem rheinländischen und dem sächsischen Maße bestehende Unterschied ganz unbekannt gewesen sei, läßt in der That sich gar nicht präsumiren, hat auch nirgends von ihnen behauptet werden mögen; hiernach waren aber auch Kläger nicht berechtigt, anzunehmen, daß Beklagter bei der brieflichen Angabe des zu beobachtenden Maßes ein anderes als das sächsische Maß im Sinne gehabt habe; vielmehr würde, wenn sie nach sächsischem Maße die Arbeit ausgeführt hätten, ihrer Seits der Contract in dieser Hinsicht für gehörig erfüllt anzusehen sein. Nimmt man aber an, daß es dem Kläger wenigstens zweifelhaft habe erscheinen können, was für ein Maß Beklagter gemeint haben möge, so würden Kläger jedenfalls schon darin gefehlt haben, daß sie nichts gethan, um sich vor Ausführung der Arbeit hierüber Gewißheit zu verschaffen, und die Folgen dieser Nichtanwendung der gehörigen Vorsicht können wieder nur sie treffen. Da sie nun selbst erklärt haben, daß sie die in Rede stehenden Kessel nicht nach sächsischem, sondern nach rheinländischem Maße gearbeitet haben, so erscheint die Abweisung der Klage schon aus diesem Grunde ganz gerechtfertigt.

Aber auch, selbst wenn man in dieser Beziehung die von der vorigen Instanz aufgestellten Bedenken theilen wollte und müßte, so würde doch immer der Bl. — angeführte, aus der zu großen Allgemeinheit des betreffenden Klagvorbringens entnommene Abweisungsgrund durchschlagen. Was Kläger Bl. — dagegen vorgebracht haben, findet theils in den Gründen zum vorigen Erkenntnisse, theils in dem vom Beklagten vorgestellten genügende Widerlegung und so ist man auch in der jetzigen Instanz nur zu einer Bestätigung gelangt; doch hat man die Kosten des Rechtsmittels compensirt, da man den Gründen der zweiten Instanz nicht durchgängig hat beitreten können."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Paul Joseph H. u. Genossen gegen Karl August Heinrich P., vom Monat Januar 1856.)

L.

66.

Ein Kauf kann zu dem Zwecke, einen Gläubiger wegen seiner Ansprüche sicher zu stellen, gültig geschlossen werden und es ist ein solches Rechtsgeschäft wenigstens in der Regel nach den Grundsätzen des Kaufvertrages, nicht nach denen des Pfandvertrages zu beurtheilen.

„Die Unschlüssigkeit der vorliegenden Klage hat auch bei nochmaliger Prüfung der Sache nicht bezweifelt werden können. Kläger sucht zu deduciren, daß zwischen der über seine Sicherstellung und vollständige Befriedigung wegen der libellirten 3200 Thlr. Darlehnsforderung getroffenen Vereinigung, auf deren Erfüllung die gegenwärtige Klage gerichtet worden sei, und dem Kaufvertrage, welcher nur das Mittel zur Erreichung des bei dieser Hauptvereinigung verfolgten Zweckes gebildet und durch letztere seine eigentliche Bedeutung erlangt habe, unterschieden werden müsse. Allein dem, was hierüber von ihm angeführt worden, läßt sich durchaus nicht beitreten. Nach seiner eigenen Darstellung nämlich ist bei der Bl. — geschilderten Verhandlung eine Vereinigung zu Stande gekommen, vermöge deren ihm zu seiner Sicherstellung die Bl. — gedachten Grundstücke für zusammen 4800 Thlr. unter der verabredeten Form eines Kaufes zugeschrieben werden sollten. Die Sicherstellung des Klägers war also nicht der Gegenstand eines besonderen, für sich bestehenden, sondern das Motiv des eben erwähnten, über die Zuschreibung jener Grundstücke abgeschlossenen Vertrages, welcher, der Verabredung gemäß, seine endliche Ausführung in der Vollziehung der sub A. B. Bl. — ersichtlichen Kaufsurkunden fand, in deren Folge Kläger in den Civil- und Naturalbesitz der fraglichen Grundstücke gelangte.

Da Kläger nach seiner eigenen Angabe wegen derjenigen 1450 Thlr., welche durch diese Käufe nicht gedeckt und worüber ihm von Beklagtem ein neues Schuldbekenntniß ausgestellt worden ist, vollständige Zahlung an Capital und Zinsen von seinem Schuldner erlangt hat, so

leuchtet nach obigem auch ein, daß die Hauptfrage, worauf es gegenwärtig noch ankommt, darin bestehe, ob bei der wegen der Zuschreibung der gedachten Grundstücke getroffenen Vereinbarung die Absicht der Contrahenten wirklich auf den Abschluß eines Kaufes, also eines Vertrages, vermöge dessen dem Kläger diese Grundstücke, gegen Gewährung der bedungenen Kaufsumme durch Uebernahme von Grundschulden und Compensation der Restbeträge seiner Forderung, überlassen werden sollten, oder auf einen Vertrag anderer Art, insbesondere auf eine bloße unter dem Scheine und der äußeren Form eines Kaufes zu vollziehende Verpfändung gerichtet gewesen sei und nur in dieser Hinsicht hätte, nach Befinden, der erklärte Zweck der Sicherstellung als Auslegungsmittel in Betracht kommen können.

Die Sicherstellung eines Gläubigers kann, wie bekannt, je nach den Vermögensverhältnissen des Klägers auf sehr mannichfache Weise erfolgen und es kann selbst ein wirklicher Kaufvertrag mit allen seinen rechtlichen Eigenschaften und Wirkungen zu diesem Behufe zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossen werden, insofern der veranschlagliche Werth der verkauften Sache dem Gläubiger die Aussicht auf vollständige Wiedererlangung seiner Forderung im Wege des Weiterverkaufes gewährt. Sind also die Parteien der Meinung gewesen, daß ein Kauf abgeschlossen werden solle, so ändert das erklärte Motiv der Sicherstellung nichts an dem Wesen dieses Vertrages als dem eines Kaufes, und äußersten Falles könnte man hier annehmen, daß dieselben nicht das ihren ursprünglichen Endzwecken völlig entsprechende Mittel gewählt hätten. Bei dem Vorhandensein eines wirklichen Kaufes im Gegensatze zu einem bloßen Scheingeschäfte aber wird auch durch die Compensation der dem Verkäufer baar zukommenden Kaufgelder mit der Forderung des Klägers die letztere nach Höhe des betreffenden Betrages getilgt, und es kann in diesem Falle der Käufer von dem einmal abgeschlossenen Kaufgeschäfte nur dann zurücktreten, wenn er sich das Recht hierzu durch einen besonderen, mit der Natur des Kaufes nicht unvereinbaren Nebenvertrag vorbehalten und gesichert hat. Ein Vertrag der Art, wie ihn der Kläger angenommen wissen will, und wonach der Acquirent einer Sache zugleich die Rechte eines Pfandgläubigers und die Rechte, aber nicht die Verbindlichkeiten, eines Käufers erlangen würde, existirt nicht und kann nicht durch die Willkür der Betheiligten geschaffen werden, denn der Zweck des Kaufvertrages, welcher dahin geht, daß der Käufer die erkaufte Sache behalten und eigenthümlich erwerben solle, ist mit den Zwecken des Pfandvertrages unvereinbar und ein Veräußerungsvertrag, bei welchem die Absicht der Parteien erklärt wird, daß der Erwerber die Sache nicht behalten und eigenthümlich erwerben dürfe, ist eben deshalb kein Kauf, sondern ein Vertrag anderer Gattung.

l. 80. §. ult. D. de act. emt. vend.

Nun hat aber der Kläger selbst gar nicht behauptet, und es läßt

sich auch aus dem, was in der Klage über den Hergang der Sache und die von beiden Theilen abgegebenen Erklärungen angeführt worden ist, noch keineswegs annehmen, daß die Absicht der Contrahenten nicht auf den wirklichen Abschluß eines Kaufes, sondern auf einen andern und zwar auf einen antichretischen Pfandvertrag gerichtet und die Form des Kaufes für diesen Vertrag nur zum Scheine, und nicht vielmehr deshalb, weil sie der vereinbarten „Zuschreibung der Grundstücke für einen gewissen Preis" vollkommen entsprach, verabredet worden sei; er hat im Gegentheile erklärt, daß die Klage nicht das Mindeste enthalte, was zur Annahme eines simulirten Geschäfts Veranlassung gebe, es lägen keine Scheingeschäfte, sondern vollkommen gültige Käufe vor; Beklagter habe dem Kläger seine Grundstücke für einen angemessenen Preis wirklich verkauft und übergeben, aber „bloß zur Sicherheitsbestellung." Daß nun ein zu diesem Zwecke abgeschlossener wirklicher Kauf kein besonderes anomales Rechtsgeschäft, vielmehr in seinen Folgen jedem anderen Kaufe gleich sei, ist bereits oben gezeigt und von der ersten Instanz mit Recht ausgesprochen worden.

Auf einen Nebenvertrag der angedeuteten Art hat sich Kläger nicht bezogen, und ob derselbe, mit Rücksicht auf die ihm behaupteter maßen ertheilte Zusage voller Befriedigung, eine nachträgliche Zahlung würde beanspruchen können, wenn er bei einem Verkaufe der fraglichen Grundstücke nicht den vollen Betrag seiner Forderung erlangte, ist gegenwärtig nicht zu untersuchen.

Die Unschlüssigkeit der Klage in Bezug auf die Bl. — geltend gemachten Forderungen ergiebt sich hieraus von selbst, während es bei der nur secundären Stellung der Bl. — gedachten Posten in gegenwärtigem Processe nicht angemessen erschien, über die Begründung dieses Anspruches besonders zu erkennen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Johann Gottlob R. gegen Friedrich Julius F., vom Monat Januar 1856.) L.

67.

Ueber die Voraussetzungen der Anfechtung eines Veräußerungsvertrages wegen inofficiöser Schenkung.

„Nach Bl. — sind die Parteien darüber einverstanden, daß ihr — inmittelst verstorbener — Vater sein Bauergut zu B.... nebst einem Inventario an den Beklagten um 2000 Thlr. verkauft habe, und daß hierüber die Bl. — ersichtliche Kaufsurkunde verabfaßt worden sei. Die Kläger behaupten nun, daß sie durch diese Veräußerung in ihrem Pflichttheile am dereinstigen Nachlasse des Vaters verletzt worden seien, weil die von dem Beklagten übernommenen Gegenleistungen dem damaligen wahren Werthe jenes Gutes und Inventarii bei weitem nicht gleichgekommen, somit in dieser Veräußerung eine inofficiöse Schenkung enthalten sei, welche sie berechtigte,

wie im Petito geschehen, die **Ergänzung** ihres Pflichttheils von Beklagtem, als Schenknehmer, zu verlangen.

Zur Schlüssigkeit dieser Klage war in allem Betracht nicht allein erforderlich, daß sie genügende Angaben über den Vermögensbestand des Erblassers zur Zeit der Veräußerung und seines Ablebens, sowie darüber, was der Beklagte als Gegenleistung wirklich gewährt und übernommen habe, enthielt; sondern es mußte sich auch bei einer richtigen Berechnung erweisen, daß eine Verletzung der Kläger in ihrem Pflichttheile, unter Berücksichtigung der **beiden** oben bemerkten Zeitpunkte, wirklich vorgefallen sei. Es mußte also, eben weil es sich hier um die Frage handelt, ob die von den Klägern angeführten Thatsachen wirklich zu dem behaupteten Resultate führen, auf die Berechnungsweise der Kläger und die Principien, welche dabei angewendet worden sind, nothwendigerweise **schon jetzt** näher eingegangen, und es konnte diese Frage nicht bis zur Definitivsentenz ausgesetzt werden.

Was Kläger über den Werth des veräußerten Gutes nebst Inventar, über das Vermögen, welches ihr Vater zur Zeit der Veräußerung außerdem noch besessen, endlich über den Betrag seines Nachlasses anführen, mag, insoweit es nicht ohnedies eingeräumt worden, für eine Beweisklage als ausreichend gelten, auch würde, wenn man von der VI. — angeregten Streitfrage, ob die Absichtlichkeit der Verletzung vorhanden gewesen sein müsse, absieht, der Umstand, daß das fragliche Gut nach dem Zugeständnisse der Kläger bei der angefochtenen Veräußerung auf nur 3372 Thlr. gewürdert worden, der Statthaftigkeit der vorliegenden Klage aus den VI. — entwickelten Gründen nicht ohne Weiteres entgegenstehen.

Die Behauptung des Beklagten, daß er außer den im Kaufe bezeichneten Leistungen auch noch eine Schuld von 293 Thlrn. 20 Ngr. für seinen Vater übernommen habe, hätte nur als Gegenstand einer Ausflucht und nach Befinden des directen Gegenbeweises in Betracht kommen können, und was Beklagter damit sagen will, daß Kläger die theils bezahlten, theils erlassenen Termingelder nicht mit zu dem väterlichen Nachlasse rechnen dürften, ist nicht abzusehen, da dieselben nicht ihre etwaigen Antheile an diesen Geldern als Erben des Gläubigers gefordert, sondern sich auf die Quittirung und den Erlaß dieser Gelder aus ganz anderen Gründen bezogen haben.

Anlangend jedoch den weiteren Inhalt der Klage, so stellen die Kläger zunächst folgende Berechnung an: Unmittelbar vor Abschluß des Kaufes habe das Vermögen ihres Vaters bestanden in:

6323 Thlrn. 20 Ngr. als dem **reinen** Werthe des Gutes mit Inventar,
20 „ 20 „ als dem Werthe verschiedener Mobilien,
6344 Thlr. 10 Ngr. Summa,

wovon der Pflichttheil bei vier Kindern $1/3$, also

2114 Thlr. 23 Ngr. $3\frac{1}{3}$ Pf.

betragen habe. Diese Berechnung ist aber ungenau. Denn

1) gehen bei Berechnung des Pflichttheils von dem obigen Activbestande diejenigen 850 Thlr. ab, welche der Verkäufer dem Stadtvermögen zu E... schuldete und auf welche die Kläger gar keine Rücksicht genommen haben. Der reine Bestand seines Vermögens, abgesehen von allen etwaigen Zinsresten, würde sich demnach auf

5494 Thlr. 10 Ngr.

berechnen, wovon der Pflichttheil sämmtlicher vier Kinder $^1/_3$, also nur

1831 Thlr. 13 Ngr. $3^1/_3$ Pf.

ausgemacht hätte.

2) Da von einer Verletzung des Beklagten in seinem Pflichttheile nicht die Rede ist, dieser vielmehr zum Nachtheile der Kläger begünstigt worden sein soll; so kommt es nur darauf an, ob der Verkäufer nach der Veräußerung und beziehendlich in Folge derselben noch soviel im Vermögen besessen habe, daß die Pflichttheile seiner 3 übrigen Kinder damit gedeckt gewesen wären. Diese betrugen zusammen $^3/_4$ obiger

1831 Thlr. 13 Ngr. $3^1/_3$ Pf., mithin
1373 „ 13 „ $3^1/_3$ „

Bei der Berechnung dessen, was der Verkäufer als Gegenleistung sich ausbedungen hat und was nun, anstatt des veräußerten Gutes, ein Bestandtheil seines Vermögens wurde, hat man sich allerdings auf den Standpunkt zu versetzen, als wenn unmittelbar nach dem Kaufschlusse das Vermögen des Verkäufers zu constatiren und der Pflichttheil daraus zu gewähren gewesen wäre. Hiernach könnte es gerechtfertigt erscheinen, wenn bei Quantificirung dieser Vermögensmasse durch Abzug eines Interusurii der Betrag desjenigen sofort zahlbaren Capitals, welches den unverzinslichen Außenständen an Werthe gleichkomme, ermittelt und nach dem angezeigten Lebensalter der Auszügler der denselben vorbehaltene Auszug nach seinem Geldwerthe auf 5 Jahre in Ansatz gebracht würde.

Allein die Art und Weise, in welcher die Kläger

a.,

das Interusurium der Termingelder berechnet haben, ist unrichtig. Sie haben als solches den Betrag landüblicher Zinsen zu 5 % von jeder einzelnen Termingelderrate bis zu deren Verfallzeit angenommen, während die in Sachsen durch das Rescript vom 25. October 1724 eingeführte Leibnitzische Methode,

Haubold, Sächs. Priv. Recht, §. 271.

sich auf eine gegenseitige Ab- und Zurechnung von Zinsen und Zinses-Zinsen gründet.

Hiernach würde

vergl. Löhmann, Handbuch für juristische und staatswirthschaftliche Rechnungen §. 348. 349. S. 307. jcto. 154. der beigegebenen Tafeln,

das gedachte Interusurium

208 Thlr. 15 Ngr. 6 Pf.

betragen, somit also der Werth der fraglichen Termingelder immerhin

741 Thlr. 14 Ngr. 4 Pf.

ausmachen, wozu

200 Thlr. sofort zahlbare Kaufgelder

hinzutreten, so daß der Erblasser

941 Thlr. 14 Ngr. 4 Pf.

baar zu erhalten gehabt hätte.

b.,

Den Auszug auf fünf Jahre berechnen die Kläger selbst auf 485 Thlr. Auch hiervon wollen sie ein Interusurium von 47 Thlrn. 15 Ngr. abrechnen und den Werth dieser Forderung auf

437 Thlr. 15 Ngr.

rabattiren. Nach welchen Grundsätzen sie hier auf den Betrag von 47 Thlrn. 15 Ngr. gelangt, ersieht man nicht, denn keine der bisher gedachten Berechnungsweisen führt zu diesem Resultate, auch würde bei der Berechnung dieses Interusurii nicht von der Prämisse ausgegangen werden können, daß erst am Schlusse jeden Jahres der gesammte, nach Gelde berechnete Auszug fällig gewesen sei, da einzelne Leistungen auch früher und bezüglich sofort gewährt werden mußten. Wollte man aber auch bei der obigen Berechnung der Kläger stehen bleiben, so würde der Verkäufer doch immer

941 Thlr. 14 Ngr. 4 Pf. an Kaufgeldern
437 „ 15 „ — „ an Auszug

1378 Thlr. 29 Ngr. 4 Pf.

mithin auch ungerechnet dessen, was er sonst noch im Vermögen besaß, mehr, als zur Deckung der Pflichttheile der Kinder erforderlich war, im Vermögen behalten haben.

Nun haben zwar die Kläger den Betrag der Kaufgelder dadurch noch weiter zu vermindern gesucht, daß sie sich auf die Bl. — erwähnte theilweise Schenkung der beim Tode der Eltern etwa noch unerhobenen Termingelder an den Beklagten berufen und dabei annehmen, es müsse auch hier präsumirt werden, daß die Eltern nur die fünf ersten Termingelder erhoben hätten, so, daß der auf diese Weise und nach ebenmäßiger Abrechnung eines Interusurii verbleibende Betrag der fünf letzten Termine von dem ursprünglichen Betrage der 950 Thlr. oder bezüglich 741 Thlr. 14 Ngr. 4 Pf. noch abgehen müßte. Allein, hier ist die l. 68. ad leg. Falcid. nicht anzuwenden, weil die Schenkung nur eine eventuelle war, von der sich noch gar nicht übersehen ließ, ob überhaupt der Fall, für welchen sie stattfinden sollte, jemals existent werden würde. Es muß hierbei das Veräußerungsgeschäft, dessen Rechtsbeständigkeit allein den Gegenstand der vorliegenden Klage bildet, von der eventuellen Disposition über einen Theil der Kaufgelder, welche in Folge dieser Veräußerung der Käufer zu gewähren hatte, unterschieden werden; die in Bezug auf diese Kaufgelder eventuell getroffene Verfügung konnte möglicher-

weise als eine inofficiöse Schenkung angefochten werden, wenn der Fall, für welchen sie bestimmt war, eintrat, die Rechtsbeständigkeit des Veräußerungsvertrages dagegen, aus welchem die eventuell verschenkte Forderung herrührte, würde deshalb allein noch nicht in Frage gestellt werden können.

Da sich schon aus dem bisher Bemerkten ergiebt, daß mit den in der Klage selbst gebotenen Unterlagen eine Verletzung der Kläger am Pflichttheile durch den Verkauf des väterlichen Gutes an den Beklagten, welche als donatio inofficiosa zu betrachten wäre, nicht genügend constatirt worden sei; so kann von einer weiteren Prüfung der Frage abgesehen werden, ob nicht bei Berechnung dessen, was dem Verkäufer wirklich gewährt worden, mindestens auch der Umstand mit in Berücksichtigung gezogen werden müsse, daß sich derselbe auf beliebige Zeit die Bewirthschaftung des ganzen Gutes vorbehalten hat.

Ferner haben die Kläger zwar behauptet, daß die obgedachten 200 Thlr. Kaufs- und 950 Thlr. Termingelder schon bei Lebzeiten des Verkäufers quittirt und beziehungsweise nach Höhe von 650 Thlrn. dem Beklagten erlassen worden seien; allein auf diese Thatsachen kommt gegenwärtig deshalb nichts an, weil auch hier die spätere Verfügung des Vaters über die ihm gebührenden Kaufgelder eine völlig selbstständige, von dem Veräußerungsvertrage, aus welchem diese Forderungen originirten, unabhängige Handlung ist. Die gegenwärtige Klage und der Anspruch, welcher mit dieser Klage gegen den Beklagten verfolgt wird, sind nur auf die pflichtwidrige Schenkung, welche in der an sich onerösen Veräußerung des Gutes an den Beklagten liegen soll, nicht aber auf eine pflichtwidrige Disposition über die aus diesem Kaufe für den Verkäufer entstandenen Forderungen gegründet, und die Löschung der bezüglichen Kaufgelder, auf Grund geleisteter Quittung und erfolgten Erlasses, ist nur deshalb in der Klage angeführt worden, um darzuthun, daß auch zur Todeszeit des Verkäufers, dessen Vermögensverhältnisse nicht so beschaffen gewesen seien, daß der den Klägern gebührende Pflichttheil aus dessen Nachlaß hätte gedeckt werden können. In Bezug auf die Frage aber, ob jenes Veräußerungsgeschäft eine pflichtwidrige Schenkung zu Gunsten des Beklagten enthalte, kommt es zunächst auf die Zeit der Veräußerung und die damaligen Vermögensverhältnisse des Vaters an; war zu dieser Zeit eine Verletzung der übrigen Kinder im Pflichttheile nicht vorhanden, so kann das Veräußerungsgeschäft deshalb allein nicht angefochten werden, weil sich späterhin das Vermögen, welches der Veräußerer behielt, dergestalt vermindert habe, daß zur Zeit seines Todes der Pflichttheil der Kläger nicht mehr vorhanden gewesen sei.

Hommel, Rhaps. Obs. 602.
Thibaut, System, §. 493.
Franke, Notherbrecht, S. 505 flg.

Bei der sonach vorhandenen Unschlüssigkeit der Klage sind Kläger auch zur Erstattung der in erster Instanz erwachsenen Kosten zu verurtheilen gewesen, wogegen die in zweiter und dritter Instanz aufgelaufenen Kosten schon wegen des Wechsels der Entscheidungen gegen einander aufzuheben waren."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Johann Gottlieb L. u. Genossen gegen Johann Carl L. vom Monat Januar 1856.) L.

68.

Bei unterbliebener Lieferung landwirthschaftlicher Producte ist vorauszusetzen, daß der am nächsten Marktplatze gestandene Preis auch wirklich zu erlangen gewesen sei.

„Anlangend demnächst Beklagtens dritte, den nachgelassenen Ausfluchtsbeweis betreffende Beschwerde in ihrer Verbindung mit der ersten, so ist sie namentlich gegen den letzten Theil des vorgeschriebenen Beweisthemas gerichtet, wornach Beklagter darthun soll, daß ihm durch die Nichtlieferung der fraglichen Mehlquantitäten der Gewinn bis zum 23. September 1853 entgangen sei: Beklagter meint, der Beweis sei ihm in prägnanterer Form aufzulegen gewesen; man muthe ihm zu, mehr als nöthig zu beweisen, indem es schon genügen müsse, wenn er außer den Sätzen,

a.,

daß der Lieferungscontract in der Bl. — angeführten Maße abgeschlossen worden, und

b.,

daß Kläger mit Lieferung von 38½ Ctr. Weizenmehl No. O. und von 13 Ctr. Roggenmehl No. O. zurückgeblieben sei, nur noch darthue,

c.,

daß bis zum 23. September 1853 in Ch..... der Preis dieser Mehlsorten im Allgemeinen um 1 Thlr. 22 Ngr. 5 Pf. pro Centner gestiegen gewesen sei.

Allerdings ist dem Beklagten zuzugeben, daß durch die Behauptung sub c. in Verbindung mit den Anführungen unter a. und b., der fragliche Gegenanspruch in der excipirten Höhe sattsam begründet werde, indem man, zumal da Beklagter Kaufmann ist, anzunehmen hat, daß es ihm nicht an Gelegenheit gefehlt haben würde, das Mehl, wenn er es rechtzeitig erhalten hätte, zu demjenigen Preise zu verkaufen, bis zu welchem dasselbe inmittelst in Ch.... allgemein gestiegen gewesen sein soll, und es kann sich nur fragen, ob nach dieser Richtung hin das exceptivische Vorbringen Bl. — hinreichend bestimmt sei. Die 2. Instanz hat dies verneint, indem Beklagter an jener Actenstelle anzuführen unterlassen habe, ob die behauptete Preissteigerung eine allgemeine, somit auch das vorliegende Kaufsgeschäft betreffende gewesen sei, oder an welchem Orte dasselbe Statt gefunden

haben solle, deßhalb aber Inhalts jener Behauptung des Beklagten an sich überhaupt nicht bemessen werden könne, ob Beklagter in der Lage gewesen sei, den fraglichen Gewinn zu machen. Dieser Anschauung kann man jedoch nicht beipflichten, denn wollte man auch Beklagtens Anführen nicht so verstehen, als habe gesagt werden sollen, die Preissteigerung sei eine allgemeine, über ganz Sachsen verbreitete gewesen, so muß man doch jedenfalls die Behauptung darin finden, daß in Ch..... der Marktpreis bis zu jener Höhe gestiegen gewesen sei. Zwar hat Beklagter an der fraglichen Aktenstelle dieß nicht ausdrücklich gesagt, allein, daß er dieses im Sinne gehabt, ist um so mehr anzunehmen, als die ferneren Anführungen Bl. — darauf hinweisen, überdem auch Ch..... der Ort ist, wo er wohnt und sein Handlungsgeschäft hat und wohin ihm das Mehl von Klägern zu liefern gewesen ist.

Nach dem Allen wird Beklagter allerdings der Beweisaufgabe Genüge leisten, wenn er ad c. nur soviel darthut, daß der Ch.....er Marktpreis für die fraglichen Sorten Mehl bis zum 23. September 1853 zu der von ihm angegebenen Höhe augestiegen gewesen sei; deshalb aber bedarf es noch nicht der beantragten Abänderung des vorgeschriebenen Beweisthemas, denn mit jenem Satze in Verbindung mit den Sätzen sub a. und b. wird eben wegen der dann eintretenden, schon oben erwähnten Präsumtion das dargethan, daß ihm, dem Beklagten, der behauptete Gewinn entgangen sei. Es genügt, daß dies hier, in den Entscheidungsgründen, ausdrücklich bemerkt wird. Im Uebrigen hat Beklagter um so weniger Grund, über die in erster Instanz gewählte Fassung des Beweisthemas sich zu beschweren, da ihm auf diese Weise für die Ausführung des in Rede stehenden Gegenanspruches ein weit größerer Spielraum gelassen ist, als dies bei einer Fassung, wie sie von ihm in Vorschlag gebracht ist, der Fall sein würde.

Man hat demnach auch in diesem Punkte, wiewohl aus ganz anderen, als den von der zweiten Instanz angeführten Gründen, zu bestätigen gehabt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Julius B. gegen August H., vom Monat Januar 1856.) L.

69.

Ueber die Verbindlichkeit, die Handelsbücher zu ediren.

„Die in den vorigen Instanzen gegebenen Entscheidungsgründe sind so erschöpfend und ausführlich, das es auf dieselben zu verweisen um so mehr genügt, als nach dem jetzigen Stande der sächsischen Gesetzgebung ein erheblicher Zweifel gegen die Verbindlichkeit Beklagtens zur Edition der in den Gegenbeweisurkunden F. und G. enthaltenen, den Gemeinschuldner W. betreffenden Conti's nicht vorgebracht werden kann.

Die Erl. Proz.-Ordnung ad tit. XXVI. §. 1. bestimmt ausdrücklich, daß auch Beklagter zu Edition der in seinem Besitze befindlichen Urkunden indistincte anzuhalten sei, wenn Kläger zum Behufe seiner Replik, selbst wenn dieselbe schon der Klage inserirt gewesen, die Edition vom Beklagten fordert.

Wie die Replik beschaffen sein müsse, ob darunter eine auf Thatsachen gestützte eigentliche Replik oder auch ein die betreffende Ausflucht des Beklagen direct elidirendes Anführen zu verstehen sei, darüber ist zwar in obiger Gesetzstelle etwas Näheres nicht ausgesprochen.

Wenn man jedoch erwägt, daß auch bei dem directen Gegenbeweise gegen den Ausfluchtsbeweis des Beklagten der Kläger die Stellung eines Beklagten einnimmt, so kann, wie bereits in voriger Instanz ausgeführt worden, auch dem Kläger hierbei die sonst wegen der Urkunden nur dem Beklagten zugestandene Vergünstigung nicht abgeschnitten werden. Und es kommt unter diesen Umständen allerdings jetzt darauf nichts an, ob das Bl. — vorgebrachte, in die Gegenbeweisartikel aufgenommene Anführen eine eigentliche Replik oder nur einen directen Gegenbeweis enthält.

Jedenfalls aber müssen die Urkunden, deren Edition vom Kläger gefordert worden, als documenta communia angesehen werden; und dies ist der andere Fall, in welchem nach der Alten, wie nach der Erl. Proc.-Ordnung tit. XXVI. §. 1. Kläger die Edition zu suchen berechtigt ist.

Die Meinung aber, daß Handelsbücher gemeinschaftliche Urkunden seien, — wie dies auch von

Osterloh, der ordentliche bürgerliche Proceß, dritte Ausgabe §. 273. Note 2.

bejaht wird — ist um so mehr zu adoptiren, als die Erl. Proc.-Ordnung loc. cit. den Begriff der Gemeinschaftlichkeit der Urkunden wesentlich erweitert und festgesetzt hat, daß dieselbe schon dann vorhanden sein solle, wenn der die Edition Suchende überhaupt an den Urkunden, eines gewissen Interesse halber, Anspruch hat.

Ein solches Interesse aber — selbst wenn man den Begriff nicht im weiterem Sinne auffassen will — muß wenigstens da angenommen werden, wo die Herausgabe der Urkunden zu Erlangung eines materiellen Vortheiles oder zu Abwendung eines materiellen Nachtheiles gefordert wird.

Osterloh, loc. cit. Note 3.

Und dieser Fall tritt unbestritten bei Handelsbüchern da ein, wo als feststehend anzunehmen ist, daß in selbige die zwischen den Parteien gemeinschaftlich geschlossenen Geschäfte eingetragen worden seien. Dieser Fall liegt gegenwärtig aber vor, da Beklagter des hierauf gerichteten, auf den Eid gestellten, Gegenbeweisartikels wegen unterlassener Beantwortung für geständig zu erachten ist.

Es ist nämlich nur noch zu bemerken, daß mit dem Resultate

dieser Erörterungen auch die weitere Einwendung des Beklagten, daß, weil er zu Edition der Urkunden F. und G. nicht verpflichtet sei, auch der Eidesantrag bei den, die Edition der Urkunden verbreitenden Gegenbeweisartikeln unstatthaft sei, von selbst als eine irrige Folgerung in sich zerfällt.

Es war daher das vorige Erkenntniß lediglich zu bestätigen, und Beklagter, da, selbst wenn Man von den, der Weigerung Beklagtens zur Edition der Gegenbeweisurkunden F. und G. entgegengestellten Gründen den unter 1. einigermaßen für zweifelhaft ansehen wollte, doch jedenfalls der Grund unter 2. einem irgend erheblichen Zweifel nicht unterstellt werden kann, auch in Erstattung der Kosten des verzögerten Processes zu verurtheilen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Heinrich J. B. gegen Jonas Abraham B., vom Monat Januar 1856.) L.

Miscellen.

(Zugleich Fortsetzung von Band XIV. S. 553 flg.)

Die ordentlichen Justizbehörden im Königreiche Sachsen.

I. Ministerium der Justiz.

Vorstand:

Dr. Ferdinand **von Zschinsky**, Excellenz, Großkreuz des Königl. Sächs. Verdienstordens, und des Königl. Sardinischen St. Mauritius- und Lazarusordens, Ritter der 1. Classe des Kaiserl. Königl. Oesterreichischen Ordens der eisernen Krone und des Kaiserl. Russischen St. Annenordens.

Geheime Justizräthe:

Moritz Christian **Hänel**, Geh. Rath, Comthur 2. Classe des Königl. Sächs. Verdienstordens und Ritter des Königl. Belgischen Leopoldordens,
Dr. Gustav Albrecht **Siebdrat**,
Dr. August Otto **Krug**, Ritter des Königl. Sächs. Verdienstordens,
Friedrich Robert **von Criegern**,
Dr. Gustav Friedrich **Held**, Geh. Rath.

Hülfsarbeiter: Wilhelm **Anton**, Appellationsrath (s. Appellationsgericht zu Dresden).

II. Oberappellationsgericht.

Präsident: Dr. Friedrich Albrecht **von Langenn**, wirkl. Geh. Rath, Excellenz, Großkreuz des Königl. Sächs. Verdienstordens und des Königl. Hannoverschen Guelphenordens, Ritter des Königl. Dänischen Danebrogordens und des Herzogl. Sachsen-Ernestinischen Hausordens.

Vice-Präsidenten: Dr. Friedrich **Hänel**, Ritter des Königl. Sächs. Verdienstordens,
Dr. Carl Philipp Heinrich **Thierbach**, Ritter desselben Ordens.

Oberappellationsräthe:

Dr. Paul Rudolph **Kritz**,
Dr. Wilhelm Carl **von Ammon**,
Carl **von Salza und Lichtenau**, Ritter des Königl Preuß. Johanniterordens,
Dr. Christoph Gustav **Marschner**, Ritter des Königl. Sächs. Verdienstordens,
Dr. Conrad **Sickel**,
Ernst Otto **Schumann**,
Franz Paul Alfred **Du Chesne**,
Christoph **von Reitzenstein**,
Eduard **Siebenhaar**,
Gustav Friedrich Theodor **von König**,
Carl Otto **von Kyaw**,
Friedrich Wilhelm **Raabe**,
Dr. Carl Heinrich **Heydenreich**,
Adolph Carl Heinrich **von Hartitzsch**,
Dr. Robert Gotthardt **Schröder**,
Otto **von Könneritz**,
Emil **Cuno**,
Julius Freiherr **von Friesen**.

Die drei Letztgenannten, mit dem Prädicate „Oberappellationsräthe", dem Oberappellationsgerichte als Hülfsräthe beigegeben.

Hülfsarbeiter: George **Siegmann**, Appellationsrath (s. Appellationsgericht zu Budissin).

III. Oberstaatsanwaltschaft.

Oberstaatsanwalt: Dr. Louis Friedrich Oskar **Schwarze**, Ritter des Königl. Sächs. Verdienst- und des Herzogl. Sachsen-Ernestinischen Hausordens.
Stellvertreter: Carl Friedrich Rudolph **Heinze**.

IV. Appellationsgericht zu Dresden.

Präsident: Dr. Carl Gustav **Müller**, Comthur 2. Classe des Königl. Sächs. Verdienstordens.
Vice-Präsident: Dr. Robert **Schneider**, Ritter desselben Ordens.
Appellationsräthe:

Gustav Adolph **Ackermann**,
Wilhelm Theodor **Richter**,
Anton **von Weber**,
Dr. Friedrich Emil **After**,
Paul **Ritterstädt**,
Eduard Ferdinand **Rosky**.
Wilhelm **Anton** (Hülfsarbeiter bei dem Ministerium der Justiz).

1. Bezirksgericht Dresden,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Dresden.

Director: Franz Ferdinand **Wilke**, Appellationsrath.
Stellvertreter: Carl Heinrich **von Criegern**, Appellationsrath.
Gerichtsräthe:

Dr. Carl Julius **Stübel**, Stadtrichter,
Julius **Schneider**,
Robert Scipio **Bachmann**,
Traugott Eduard **Schaufuß**,
Dr. Friedrich Moritz **Flemming**,
Bernhard Gottlob **Schmidt**,
Joh. George Constantin **Glöckner**,
Eduard Robert **Schmidt**,
Hermann Otto **Ebert**,
Carl Alexander **Groff**,
Paul **Einert**,
George Adam **Brunner**.

Staatsanwalt: Carl Friedrich **Metzler**.
Stellvertreter: Hermann Gustav **Held**.

a. Gerichtsamt Dresden.

Gerichtsamtmann: Carl Ferdinand **Damm**, Hofrath.
Assessor: Heinrich Bruno **Stephani**.

Altfranken. Babisnau. Blasewitz. Boderitz. Bannewitz. Briesnitz. Burgstädtel. Coschütz. Caffebaude (Vorder- u. Hinter-). Cotta. Cunnersdorf (bei Kaitz). Döltzschen mit Juchhöh. Entschütz. Fürstenhain. Gaustritz. Goiberode. Gompitz. Goppeln. Gostritz. Großdobritz. Gruna mit grüner Wiese. Kaditz. Kaitz. Kauscha. Keinnitz. Kleindobritz. Kleinpestitz. Klotzsche. Kötzschenbroda. Laubegast. Leuben. Leubnitz. Lenteritz. Leutewitz. Lockwitz (Ober- u. Nieder-). Löbtau. Loschwitz. Merbitz. Mikten. Mohschatz. Mockritz. Naundorf. Nauslitz. Neunimptsch. Neuostra. Nickern. Niedergohlis. Niedergorbitz. Niederlößnitz, mit Wetzigbergen. Niedersedlitz. Nöthnitz. Obergohlis. Obergorbitz. Ober- (u. Hof-) Lößnitz. Oberwartha. Ockerwitz. Omsewitz. Pennerich. Pieschen. Plauen. Podemus. Prabschütz. Prohlis. Radebeul. Räcknitz. Reick. Rennersdorf. Rippien. Rosentitz. Roßthal. Seidnitz, mit Lößnitzgrund, weiße Roß und Weintraube. Serkowitz. Sobrigau. Stetzsch. Strehlen. Striesen. Tolkewitz. Torna. Trachau. Trachenberge mit Hellerberg u. wilde Mann. Uebigau. Wachwitz. Weißer Hirsch. Welschhufe mit Bruchschenke. Wilschdorf. Wölfnitz. Zitzschewig. Zöllmen. Zschertnitz. Hierüber: Blasewitzer, Fischhäuser, Langebrücker, Neudorfer und Alliersdorfer Forstrevier.

b. Gerichtsamt **Radeburg.**

Gerichtsamtmann: Vacat.

Radeburg. Beerwalde. Beiersdorf. Berbisdorf. Boden mit Anbau. Cunnersdorf a. d. Röder. Dobra. Ebersbach (Ober-, Mittel- u. Nieder-). Ermendorf. Freitelsdorf. Großdittmannsdorf. Kleinnaundorf mit Anbau. Lauterbach. Lötzschen. Marschau. Medingen. Naunhof. Ober- u. Niederrödern. Sacka. Stölpchen. Tauscha. Welrande. Würschnitz. Zschorna.

c. Gerichtsamt **Radeberg.**

Gerichtsamtmann: Christian Cölestin **Biedermann.**

Radeberg. Arnsdorf. Cunnersdorf bei Lausa. Diensdorf. Friedersdorf. Gommlitz. Groß- u. Kleinerkmannsdorf. Groß- u. Kleinokrilla. Grünberg. Hermsdorf. Kleinröhrsdorf. Kleinwolmsdorf. Langebrück. Lausa. Leppersdorf. Liegau mit Augustusbad. Lomnitz mit Buschmühle. Lotzdorf. Moritzdorf. Ottendorf. Schönbrunn bei Radeberg. Seifersdorf bei Radeberg. Ullersdorf. Wachau. Wallrode. Weirdorf. Hierüber: Röhrsdorfer Forstrevier.

d. Gerichtsamt **Moritzburg.**

Gerichtsamtmann: Carl Ferdinand **Quenzel.**

Moritzburg. Bärnsdorf. Bordorf mit Bahnwiese. Buchholz. Coswig mit Spitzgrund und Kreiern. Coswig, Weinberggemeinde. Cunertswalde. Dippelsdorf. Eisenberg mit Auerhaus und neuem Anbau. Kötitz. Lindenau. Marsdorf. Rähnitz. Reichenberg. Steinbach. Volkersdorf. Wahnsdorf. Hierüber: das Kreyer und Moritzburger Forstrevier.

e. Gerichtsamt **Schönfeld.**

Gerichtsamtmann: Arthur Graf **zu Solms-Tecklenburg.**

Schönfeld. Bonnewitz. Borsberg mit Weirmühle. Bühlau. Cunnersdorf bei Helfenberg. Eichbusch. Eichdorf mit Rosinendörfchen. Gönsdorf. Helfenberg mit Grund. Hosterwitz. Kritzschendorf. Malschendorf. Reubühlau. Nieder- u. Obervoiritz mit Ober-Rochwitz. Pappritz. Pillnitz. Quohren bei Bühlau. Reitzendorf. Rockau mit Grund. Rossendorf. Schullwitz. Söbrigen. Weißig bei Bühlau. Wünschendorf. Zaschendorf. Hierüber: das Pillnitzer Forstrevier.

f. Gerichtsamt **Dippoldiswalda.**

Gerichtsamtmann: Gustav Adolph **Lehmann.**
Assessor: Carl Ernst **Wolf.**

Dippoldiswalda. Bärenklause. Beerwalde. Berreuth. Börnchen bei Rabenau. Borlas. Bröschen. Cunnersdorf bei Reinhardtsgrimma. Elend. Gombsen. Groß- u. Neuölsa. Hänichen. Hausdorf. Hermsdorf bei Kreischa. Hirschbach. Höckendorf. Groß- u. Klein-Kautzsch. Kleincarsdorf. Kreischa (Ober-, Mittel-, Nieder-, Klein-Kreischa) mit Eichberg. Luchau. Lungwitz. Ober- u. Nieder-Malter mit Maltermühle. Naundorf bei Schmiedeberg. Nieder- u. Ober-Frauendorf. Niederpöbel. Obercarsdorf. Obercunnersdorf. Oberheslich. Paulsdorf. Paulshain. Possendorf. Quohren bei Kreischa. Ober- u. Nieder-Reichstädt. Reinberg mit Lichten-ichen. Ober- u. Nieder-Reinhardtsgrimma. Reinholdshain. Ruppendorf. Sadisdorf. Saida bei Kreischa. Schlottwitz. Schmiedeberg. Seifen. Seifersdorf. Spechtritz. Theisewitz. Ulberndorf. Wendischcarsdorf. Wilmsdorf mit Possenhäusern. Wittgensdorf. Zscheckwitz. Hierüber: das Hökendorfer, Oberfrauendorfer und Wendischcarsdorfer Forstrevier.

g. Gerichtsamt **Tharandt.**

Gerichtsamtmann: Esaias Gustav **Richter,** Ritter des Königl. Sächs. Verdienstordens.

Tharandt. Braunsdorf. Dorfhain (3 Theile) mit Spitze. Eckersdorf. Fördergersdorf. Groß- u. Klein-Opitz mit Schiettau. Grüllenburg. Grund.

Hainsbach. Hartha bei Tharandt. Heilsberg (Freigut). Hintergersdorf. Kleinölsa. Klingenberg (Alt= u. Neu=). Lübau. Mohorn. Oberhermsdorf. Obernaundorf. Porsdorf. Rabenau mit Wassergemeinde. Somsdorf mit Cosmannsdorf. Spechtshausen. Hierüber: das Dorfhainer, Herrndorfer, Naundorfer, Rabenauer, Spechtshäuser und Tharandter Forstrevier.

h. Gerichtsamt **Döhlen.**

Gerichtsamtmann: Vacat.

Döhlen mit Oberdöhlen. Birkigt. Deuben. Gittersee. Groß= u. Neuburgk. Kleinburgk. Kleinnaundorf. Kohlsdorf (Hammer). Niederhäßlich. Niederhermsdorf. Niederpesterwitz. Oberpesterwitz. Pottschappel mit Leißnitz. Saalhausen. Schweinsdorf. Unterweißig. Oberweißig. Wurgnitz mit Hammer. Zauckerode. Zschiedge. Hierüber: das Döhlener Forstrevier.

i. Gerichtsamt **Wilsdruff.**

Gerichtsamtmann: Gustav **Leonhardi.**

Wilsdruff. Alttanneberg. Birkenhain. Blankenstein. Burkhardtswalde. Groitzsch. Grumbach, Ober= u. Nieder=. Helbigsdorf. Herzogswalde. Hühndorf. Kaufbach. Kesselsdorf. Kleinschönberg. Klipphausen mit Kneipe. Lampersdorf. Limbach. Lotzen. Munzig. Neukirchen mit Anbau und Fasanenhäusern. Neutanneberg. Niederwartha mit Gruna. Perne. Röhrsdorf. Roitzsch. Neuschönberg. Sardorf. Schmiedewalde. Sora. Steinbach bei Kesselsdorf. Steinbach bei Neukirchen. Unkersdorf. Weistropp. Wildberg.

2. Bezirksgericht **Pirna,**

zugleich Gerichtsamt für den Gerichtsbezirk der Stadt Pirna.

Vorstand: Carl Heinrich **Pietsch,** Appellationsrath.

Gerichtsräthe:

Gustav Adolph **Abendroth,**
Heinrich Florens **Fleck,**
Emil Carl **Schumann,**
Robert Alexander **Linke,**
Eduard **Panzer.**

Staatsanwalt: Hermann Ewald **Gareis.**

a. Gerichtsamt **Pirna.**

Gerichtsamtmann: Carl Ludwig **Schmalz.**
Assessor: Ernst Moritz **Portmann.**

Biensdorf. Birkwitz. Borna. Borthen, Groß= u. Klein=. Bosewitz. Burgstädtel. Burkhardtswalde. Copitz. Crotta. Cunnersdorf bei Pirna. Daube. Doberzeit. Dohma. Dohna. Ebenheit bei Pirna. Falkenhain bei Dohna. Forderjessen. Friedrichswalde. Gamig mit Meuscha. Göß. Gommern. Gorknitz. Großcotta. Großgraupe. Großluga. Großröhrsdorf. Großsedlitz mit Lindicht. Großzschachwitz. Häselich. Heidenau. Herbergen. Hinterjessen. Kleincotta. Kleingraupe. Kleinluga. Kleinsedlitz. Kleinstruppen. Kleinzschachwitz. Köttwitz. Krebs. Krieschwitz. Liebethal. Liebstadt mit rothem Vorwerk. Lohmen. Maxen. Meußlitz. Mockethal. Mügeln. Mühlbach. Mühlsdorf. Naundorf bei Pirna. Nenntmannsdorf mit Laurich. Neugraupe. Neundorf. Neustruppen. Niedermeusegast. Niederposta. Niederseidewitz. Niedervogelgesang. Obermeusegast. Oberposta. Oberschlottwitz (Hütten=). Oberseidewitz. Obervogelgesang. Ottendorf. Ploschwitz. Pötzscha. Pratzschwitz. Röhrsdorf (Klein=). Rottwernsdorf. Schmorsdorf. Seitenhain. Sporbitz. Struppen. Sürsen. Tronitz. Uttewalde. Wesenstein. Wehlen, Stadt. Wehlen, Dorf. Wölka. Zatzschke. Zehista. Zeichen. Zschieren mit Trieska. Zuschendorf mit Lindicht und Köttwitzmühle. Zwirzschka.

b. Gerichtsamt **Stolpen.**

Gerichtsamtmann: Carl Eduard **Hahn.**

Stolpen mit Burglehn u. Rotheudorf. Altstadt. Bühlau. Dittersbach. Dobra. Dürröhrsdorf. Elbersdorf mit Kleinelbersdorf. Fischbach mit neuer Schenke. Großdrebnitz. Helmsdorf (Nieder-). Helmsdorf (Ober-). Kleindrebnitz. Langenwolmsdorf mit Freigut u. wüste Mark Luschdorf. Lauterbach. Neudörfel. Porschendorf. Rennersdorf mit Kleinrennersdorf. Rückersdorf. Schmiedefeld mit Kleinschmiedefeld. Seeligstadt. Wilschdorf. Hierüber: das Altstädter, Fischbacher und Seeligstädter Forstrevier.

c. Gerichtsamt **Neustadt.**

Gerichtsamtmann: Carl Moritz **von Logau.**

Neustadt. Berthelsdorf (Ober- u. Neu-) mit Anbau. Crumhermsdorf. Langenburkersdorf. Niederottendorf. Polenz. Rugiswalde. Hierüber: das Neustädter Forstrevier.

d. Gerichtsamt **Hohnstein.**

Gerichtsamtmann: Friedrich Gustav **von Scheibner.**

Hohnstein. Cunnersdorf. Ehrenberg. Goßdorf. Heeselicht. Hohburkersdorf. Lohsdorf. Rathewalde. Stürza. Ulbersdorf (Ober- u. Nieder-). Waitzdorf. Zeschnig. Hierüber: das Ehrenberger, Hohnsteiner, Rathener und Lohmener Forstrevier mit dem Basteigebäude.

e. Gerichtsamt **Sebnitz.**

Gerichtsamtmann: Ottomar Friedrich August **von Petrikowsky.**

Sebnitz. Heinersdorf mit Lehngütern. Herrigswalde. Hinterhermsdorf mit Neudörfchen. Hofhainersdorf. Ottendorf (Hinterottendorf). Saupsdorf. Schönbach. Hierüber: das Hinterhermsdorfer, Sebnitzer und Ottendorfer Forstrevier.

f. Gerichtsamt **Schandau.**

Gerichtsamtmann: Heinrich **Tränkner.**

Schandau. Altendorf. Kleingießhübel. Krippen. Lichtenhain mit Wasserfall u. Kuhstallgebäuden. Mittelndorf. Ostrau. Porschdorf. Postelwitz. Prossen. Rathmannsdorf. Reinhardtsdorf. Schmilka mit Winterbergshaus. Schöna. Waltersdorf bei Prossen. Wendischfehra. Hierüber: das Mittelndorfer, Postelwitzer und Reinhardtsdorfer Forstrevier.

g. Gerichtsamt **Königstein.**

Gerichtsamtmann: Carl Moritz **Hoffmann.**

Königstein mit Halbestadt u. Ebenheit. Königstein, Festung mit neuer Schenke. Bransenstein. Cunnersdorf bei Königstein. Elbe. Gohrisch. Hermsdorf bei Königstein. Hütten mit Papiermühle u. Königsbrunn. Kleinhennersdorf. Langhennersdorf mit Kalbenhof u. Forsthaus oder Windschenke. Leupoldishain. Nickolsdorf. Oberhütten. Papstdorf mit Koppelsdorf. Pfaffendorf. Rathen (Nieder-). Rathen (Ober-). Raum mit wüstem Mann. Reichstein. Rosenthal mit Neidberg. Strandt. Thürmsdorf. Weißig. Hierüber: das Cunnersdorfer, Königsteiner, Reichsteiner und Rosenthaler Forstrevier.

h. Gerichtsamt **Gottleuba.**

Gerichtsamtmann: Heinrich Wilhelm **Buchner.**

Gottleuba. Bahra. Berggießhübel mit Zwiesel u. Vorberggießhübel. Bienhof. Cratze mit Bärenhau. Göppersdorf. Hartmannsbach mit Gießenstein. Haselberg. Hellendorf mit Fichte. Kleppisch. Markersbach. Niedergersdorf. Obergersdorf. Oelsen. Wingendorf. Hierüber: das Markersbacher Forstrevier.

i. Gerichtsamt Lauenstein.

Gerichtsamtmann: Gustav Adolph **Fritzsche.**

Lauenstein mit Cratzhammer u. Unterlöwenhain. Bärenstein, Stadt, mit Hammerbärenklau. Bärenstein, Dorf. Bertelsdorf. Börnchen bei Bärenstein. Börnersdorf mit Lichtenberg. Breitenau. Dittersdorf. Döbra. Fürstenau. Fürstenwalde. Glashütte. Gleisberg. Gottreu. Hennersbach. Liebenau mit Kleinliebenau. Müglitz. Neudörfel. Niederjohnsbach. Oberjohnsbach mit Bärenhecke. Oberlöwenhain. Oelsengrund. Rudolfsdorf. Rückenhain. Walddörfchen. Waltersdorf bei Bärenstein.

k. Gerichtsamt Altenberg.

Gerichtsamtmann: Ernst Wilhelm **Nake.**

Altenberg mit Vorwerken. Altgeißing. Bärenburg. Bärenfels. Dönischen. Falkenhain bei Schmiedeberg. Georgenfeld (Alt. u. Neu-). Hirschsprung. Neugeißing. Oberpöbel. Rehefeld. Schellerhau. Zaunhaus. Zinnwald. Hierüber: das Altenberger, Bärenfelser und Hermsdorfer Forstrevier.

3. Bezirksgericht Freiberg,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Freiberg.

Director: Friedrich Gottlob **Schwäbe,** Appellationsrath.

Gerichtsräthe:
Bernhard **Einert,** Hermann **Schwedler,**
Johann Gottlieb Benjamin **Richter,** Carl Bernhard **Stoy.**
Eduard August **Hecht,**

Staatsanwalt: Bruno Rudolph **Löwe.**

a. Gerichtsamt Freiberg.

Gerichtsamtmann: Dr. Julius Heinrich **Mannfeld.**
Assessoren: Ludwig August **Hünich,** Julius Albert **Exner.**

Bräunsdorf mit Zechenhäusern. Colmnitz (Ober- u. Nieder-) mit Folge. Conradsdorf. Crumhennersdorf. Erlicht. Falkenberg. Freibergsdorf. Friedeburg. Großschirma mit Fürstenhof u. Churprinz. Halsbach. Halsbrücke mit Hals u. Neubau. Herrndorf. Hetzdorf. Hilbersdorf mit ober. u. unt. Muldener Schmelzhütte. Hutha. Kleinschirma. Kleinwaltersdorf. Langenrinne. Langhennersdorf. Lichtenberg. Loßnitz. Lößnitz mit Storchvorwerk. Naundorf mit Gipphäusern u. Mühlengut. Niederbobritzsch. Niederschöna. Oberbobritzsch. Oberschaar mit Halda. Oberschöna. Rothenfurth. Sand mit Grüneburg. Seifersdorf. Sohra. Süßenbach. Tuttendorf. Waltersdorf. Wegefarth. Weißenborn. Wüsthetzdorf. Zug. Hierüber: das Loßnitzer Forstrevier.

b. Gerichtsamt Brand.

Gerichtsamtmann: Johann Friedrich Gotthelf **Gabriel.**

Brand. Berthelsdorf. Erbisdorf mit Canzleilehngut u. Mönchenfrei. Gränitz. Großhartmannsdorf mit Zehntel. Helbigsdorf. Linda mit Neubau. St. Michaelis. Müdisdorf. Niederlangenau. Oberlangenau. Oberreichenbach. Raubeck. Weigmannsdorf. Hierüber: das Langenauer Forstrevier.

c. Gerichtsamt Frauenstein.

Gerichtsamtmann: Ernst Gustav Friedrich **Lommatzsch.**

Frauenstein. Ammelsdorf. Burkersdorf. Dittersbach. Friedersdorf. Hartmannsdorf. Hennersdorf. Hermsdorf bei Frauenstein. Holzhau. Kleinbobritzsch. Kleinpretzschendorf. Mulda (Amtsantheil). Mulda (Ritterguts-antheil). Nassau. Niederpretzschendorf. Oberpretzschendorf. Rechenberg.

Reichenau mit Zechenhäusern. Röthenbach. Saida bei Frauenstein. Schönfeld bei Hennersdorf. Hierüber: das Frauensteiner, Muldaer, Nassauer, Rechenberger Forstrevier.

d. Gerichtsamt **Sayda.**

Gerichtsamtmann: Wilhelm Julius **Fiedler.**

Sayda mit Heidengut. Brüderwiese. Cämmerswalde. Clausnitz mit Neuclausnitz. Deutscheinsiedel. Deutschgeorgenthal. Deutschcatharinenberg. Deutschneudorf. Ditiersbach. Dittmannsdorf bei Sayda. Dörnthal. Dorfchemnitz (Ober- u. Nieder-) mit Neudörfel. Frauenbach. Friedebach mit Haingut. Hallbach. Heidelbach mit Glashütte. Heidelberg. Heidersdorf mit Mörtelgrund, Haingut, Eisenzeche u. Volge. Hirschberg. Hutha. Kleinneuschönberg. Neuhausen. Neuwernsdorf. Niederneuschönberg. Niederseiffenbach mit Lässigheerd. Oberneuschönberg. Oberseiffenbach mit Oberlochmühle. Pfaffroda. Pillsdorf. Purschenstein mit Zuckerhof. Rauschenbach mit Schaarschuchhaus. Neukersdorf. Schönfeld. Seiffen. Ullersdorf. Voigtsdorf (Ober- u. Nieder-). Wolfsgrund. Zethau. Hierüber: das Einsiedler und Hirschberger Forstrevier.

4. Bezirksgericht **Meißen,**

zugleich Gerichtsamt für die Stadt Meißen.

Director: Paul **Otto**, Appellationsrath.

Gerichtsräthe:

Ernst Theodor **von Zedtwitz**, Ernst Friedrich Osmund **Plesch**,
Ferdinand David **Költsch**, Carl Richard **Hedrich.**
Karl Arthur **Baumgarten-Crusius**,

Staatsanwalt: Johann Friedrich Wilhelm **Hentschel.**

a. Gerichtsamt **Meißen.**

Gerichtsamtmann: Dr. Christian Heinrich **Springer**, Hofrath.
Assessoren: Ludwig August **Drößler**, Herrmann **Scheufler.**

Althirschstein mit Gosa. Aitzaschendorf. Bahra. Barnitz. Batzdorf mit Neubatzdorf. Bergwerk. Bockwen. Böhla. Bohnitzsch mit Nassau. Boritz. Brockwitz. Canitz. Clieben. Cölln. Constappel. Deila. Diera. Dobritz. Drossel mit Adams Weinberg. Fischergasse. Gärtitz. Garsebach (Ober- u. Nieder-). Gasern. Gauernitz. Görna. Gohlis. Golk bei Zadel. Gröbern mit Roitzschberg. Großdobritz. Großkagen. Gruben. Hartha bei Constappel. Heinitz. Hintermauer. Hirschstein. Ickowitz. Jessen bei Ockrilla. Jesseritz. Käbschütz. Kaisitz. Keilbusch. Kleinkagen. Kleinprausitz. Klosterhäuser. Klosterstraße. Kobitzsch. Köttewitz mit Jokischberg. Korbitz. Kottwitz mit Berg. Krögis. Leippen mit Lindicht. Lercha. Leutewitz bei Meißen. Löbsal. Löbschütz bei Meißen. Lösten. Löthhaln. Luga. Mauna. Mehren. Meißa (Ober- u. Nieder-) mit Vogelgesang. Miltitz mit Zwuschwitz. Mischwitz. Möschwitz. Mohlis. Naundörfel. Naundorf mit Hebelei. Naustadt. Neuhirschstein. Neudörfchen. Neuzaschendorf. Niederau. Niedersehra. Niederjahna. Niederlommatzsch mit Görischgut. Niedermuschütz. Niederspaar mit dem Rautenberg. Niederstößwitz. Nimtitz. Nieschütz. Nößge mit Neunößge. Ockrilla. Oberau. Oberjahna mit Kaschka. Oberlommatzsch. Obermuschütz. Oberspaar. Pauschütz. Pegenau. Pinkowitz. Pinnewitz. Piskowitz bei Schierltz. Piskowitz bei Taubenheim. Planitz. Polenz (Ober- u. Nieder-). Porschnitz. Priesa. Pröda bei Meißen. Proschwitz. Questenberg m. d. Altenburg. Reichenbach. Reppina. Reppnitz. Riemsdorf. Robschütz (Alt- u. Neu-) mit Roitzschwiese. Roitzschen. Rottewitz. Schänitz bei Riesa. Schänitz bei Schleinitz. Scharfenberg. Schieritz. Schletta. Schönnewitz. Seebschütz. Seilitz. Seelingstadt. Semmelsberg (Ober- u. Nieder-). Siebeneichen. Sieglitz bei Meißen. Sönitz. Sörnewitz.

Soppen. Sornitz. Spittewitz. Stroißen. Taubenheim (Ober- u. Nieder-). Tronitz. Ullendorf. Vorbrücke. Weinböhla a. d. Lauben. Weltzschen. Windorf. Winkwitz. Wölkisch. Wuhsen. Wunschwitz mit Neuwunschwitz. Zadel mit Kleinzadel u. Raupenberg. Zehren. Ziegenhain. Zscheila.

b. Gerichtsamt Großenhain.

Gerichtsamtmann: Heinrich Leopold **Böttcher.**
Assessor: Moritz Freiherr **von Wagner.**

Großenhain. Adelsdorf. Altleis. Baßlitz bei Blattersleben. Baßlitz bei Jessen. Bauda. Blebrach. Blattersleben. Blochwitz. Böhla bei Hain. Böhla bei Ortrand. Brockwitz. Brößnitz mit Teichmühle. Brüftewitz (Prieftewitz). Colmnitz. Coselitz. Dallwitz. Diesbar. Döbritzgen. Döschütz. Folbern. Frauenhain. Gävernitz mit Obergävernitz. Geislitz. Göhra. Gorzig. Gorisch mit Forsthaus. Goltzscha. Grötitz mit Eisenhüttenwerk. Großraschütz. Haldehäuser bei Lichtensee. Hohndorf mit Kleingeißlitz. Kalkreuth. Kleinraschütz. Kleinthiemig. Kleintrebnitz. Kmehlen. Kolkwitz. Kottewitz bei Staude. Krauschütz. Kraußnitz. Lampertswalde. Laubach. Lautendorf mit Pfeife. Leckwitz bei Meißen. Lenz. Lichtensee. Liega. Linz. Mark-Siedlitz. Medessen. Merschwitz. Mühlbach. Mülbitz. Naffaböhla. Nauleis. Naundörfchen. Naundorf bei Hain. Naundorf bei Ortrand. Nauwalde. Neuseißlitz. Niegerode. Nieska. Oelsnitz. Peritz. Piesecowitz. Ponikau. Porschütz. Pulsen. Quersa mit Paulsmühle. Raden. Reinersdorf. Reppis. Roda. Roftig. Schönborn. Schönfeld mit der Dammmühle. Schweinefurth. Seußlitz mit Radewitz. Skäßchen. Skassa. Skaup. Spansberg. Stauda. Strauch. Streumen. Strießen. Thiemdorf mit Dammenhain. Tiefenau. Treugeböhla. Uebigau. Walda. Wantewitz. Weißig am Raschütz. Weißig bei Skassa. Weßnitz. Wildenhain. Wülknitz. Wüststauda. Zabeltitz mit Stroga. Zottewitz. Zschauitz (Ober- u. Nieder-). Zschieschen. Hierüber: das Gohrischer Golker und Raschützer Forstrevier.

c. Gerichtsamt Nossen.

Gerichtsamtmann: Dr. Detlev Alexander **Müller.**
Assessor: Heinrich Gottfried **Bauer.**

Nossen. Abend. Altchoren. Althöfchen. Augustusberg. Bieberstein. Breitenbach mit Steiermühle und Beyermühle. Burkersdorf. Deutschenbora. Dittmannsdorf bei Freiberg. Drehfeld. Eigersdorf. Gallschütz. Göltzscha. Gohla. Gottheif-Friedrichsgrund. (Neudörfchen). Gruna mit Jlkendorfer Lehde und Paulsdorf. Großvoigtsberg. Hirschfeld mit Moritzthal. Hohentanne mit Haida und Teichhäuser. Jlkendorf. Karcha mit Neukarcha. Katzenberg. Kleinvoigtsberg. Kleßig (Ober- u. Nieder-). Kreißa. Leschen. Lüttewitz bei Rüsseina. Malitzsch. Maltitz. Markritz. Mergenthal. Mutzschwitz. Neuchoren. Niedereula. Niederreinsberg. Noßlitz. Obereula. Obergruna, Amts- u. Vorw. Gem. Oberreinsberg. Oberstößwitz. Petersberg. Priesen. Radewitz. Rauslitz mit Ottenbach u. Grabischau. Reichenbach bei Siebenlehn. Rhäfa. Rüsseina. Saultitz. Schrebitz. Siebenlehn. Stahna. Starrbach. Topfschedel (Ober- u. Nieder-). Wendischbora. Wetterwitz mit Holzecke. Wolfsgrün. Wolkau. Zella mit Kummershain. Zetta. Hierüber: das Marbacher und Reichenbacher Forstrevier.

d. Gerichtsamt Lommatzsch.

Gerichtsamtmann: Herrmann Eduard **Oeser.**

Lommatzsch. Albertitz. Altlommatzsch. Altsattel. Arntitz. Badersen. Beicha. Berntitz. Birmenitz. Bornitz bei Lommatzsch. Churschütz. Daubnitz. Dennschütz. Dobernitz. Dobschütz. Dörschnitz. Dösitz. Domselwitz. Eulitzsch. Gleina. Göbelitz. Graupzig mit Neugraupzig. Groß- u. Klein-Wüstalbertitz. Jbanitz. Jessen bei Lommatzsch. Ketzergasse. Klappendorf. Krauschütz (Graushütz, Krauswitz). Krepta. Lautzschen. Leuben. Löbschütz

bei Lommatzsch. Loßen. Marschütz. Meila. Mertitz. Messa (Groß- u. Klein-). Mettelwitz. Mögen. Neckanitz. Nelkanitz. Niederstaucha. Oberstaucha mit Pöhsig. Paitzschen. Petzschwitz. Pitschütz. Poititz. Praterschütz. Pröda bei Schleinitz. Prositz bei Schieritz. Prositz bei Staucha. Raßlitz. Raube. Roitzsch bei Striegnitz. Scheerau. Schleinitz. mit Perba. Schweinitz. Schwochau. Sieglitz bei Klappendorf. Steudten. Striegnitz. Treben bei Staucha. Trogen. Wachtnitz. Wahnitz. Wauden. Weitzschenhain. Wilschwitz. Wuhnitz. Zöthain. Zscheilitz. Zschochau.

e. Gerichtsamt **Riesa.**

Gerichtsamtmann: George Job **von Carlowitz.**

Riesa mit Göhlis. Bioßwitz. Bobersen. Böhlen. Forberge. Glaubitz. Gostewitz. Gröba. Gröbel. Groptitz. Grubnitz. Heida. Jahnishausen. Kalbitz. Kobeln. Langenberg. Lessen. Leutewitz bei Riesa. Mautitz. Mehltheuer. Mergendorf. Merzdorf. Moritz. Nickritz. Nündritz. Oberreußen. Oeltitz. Pahrenz. Panitz. Pausitz. Piotitz. Pochra. Poppitz bei Riesa. Prausitz. Promnitz. Radewitz. Ragewitz. Röderau. Sageritz. Seerhausen. Stößitz. Weida. Zeithain. Zschaiten.

V. Appellationsgericht Leipzig.

Präsident: Dr. Johann Ludwig Wilhelm **Beck**, Comthur 2. Classe des Königl. Sächs. Verdienstordens.

Vicepräsident: Dr. Carl Heinrich **Haase**, Comthur 2. Classe desselben Ordens.

Appellationsräthe:

Hermann Bernhard **Petschke**,	Herrmann **Baumgarten**,
Bernhard Friedrich Gustav **Ponath**,	Dr. Christian Theodor **Tauchnitz**,
Dr. Carl Magnus **Pöschmann**,	Dr. Heinrich Woldemar **Lincke**.

App.-Gerichts-Assessor: Dr. Theodor Lebrecht Ernst **Wilhelmi**.

Hülfsarbeiter: Dr. Herrmann Theodor **Schletter**, Professor.

1. Bezirksgericht **Oschatz**,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk Oschatz.

Director: Albrecht **Grötsch.**

Gerichtsräthe:

Friedrich August **Müller**,	Immanuel **Falian**,
Johann Carl Ferdinand **Schier**,	Julius Wilhelm **Albani**.

Staatsanwalt: Franz Albert **Heßler.**

a. Gerichtsamt **Oschatz.**

Gerichtsamtmann: Friedrich August **Wilde.**

Assessor: Carl Gustav **Schmieder.**

Altoschatz. Binnewitz. Borna. Bornitz. Bucha. Calbitz. Canitz mit Schwarzroda. Cassabra. Clanzschwitz bei Stauchitz. Dahlen mit Zissen. Deutschluppa. Ganzig. Gastewitz bei Hohenwussen. Gaunitz. Goldhausen. Großböhla. Hahnefeld. Hof mit Kätzschhäusern und Mühlaue. Hohenwussen. Jahna m. d. Kratzsch. Kleinböhla. Kleinforst. Kleinneußlitz. Kleinragewitz. Kötitz m. d. Bockschen Lehngute. Kreina. Kreischa. Lampersdorf mit Windmühle auf Beiersdorfer Mark. Lampertswalde (Ober-, Mittel- u. Unter-). Leisnitz. Leiben. Liebschütz. Limbach mit Halda. Lonnewitz. Malkwitz. Mannschatz. Merkwitz. Möhla. Nasenberg. Naundorf. Ochsensaal. Pulsitz. Radegast. Reitzen. Rechau. Reppen. Rochzahn. Rosenthal. Saalhausen. Salbitz. Schmannewitz. Schmorkau. Schmorren. Schönnewitz. Sörnewitz. Stauchitz. Stennschütz. Striesa. Terpitz. Thalheim. Wadewitz

bei Oschatz. Weichteritz. Wellerswalda. Wendischluppa. Zeicha. Zeuckritz. Zöschau. Zschöliau. Hierüber: das Reudnitzer Forstrevier.

b. Gerichtsamt **Strehla.**

Gerichtsamtmann: Gustav Esaias **Häntzschel.**

Strehla. Canitzer Weinbergshaus. Cavertitz. Clanzschwitz bei Strehla. Gaitzschhäuser. Görzig. Gohlis mit Truchseßgabeln. Großrügeln. Jacobsthal. Kleinrügeln. Klingenhain. Klötitz. Kottewitz a. d. Elbe. Kreinitz. Laas. Leckwitz. Lorenzkirchen. Olganitz mit Reudnitz. Oppitzsch. Sahlasan. Schöna. Trebnitz. Treptitz. Unterreußen. Zaußwitz. Zschepa (Groß- u. Klein-).

c. Gerichtsamt **Mügeln.**

Gerichtsamtmann: Johann Friedrich **Wächter.**

Mügeln mit Schloßhäusern. Altmügeln. Auerschütz. Baderitz mit Neubaderitz. Baschkowitz (Paschkowitz). Bennewitz. Berntitz. Creitenhain. Däbritz. Delmschütz. Döhlen. Gatischütz. Gaschütz. Gaudlitz. Glossen. Göldnitz. Görlitz. Graumnitz. Grauschwitz. Gröppendorf. Großschlatitz. Kemmlitz. Kiebitz mit Pfarrsteina. Kleinschlatitz. Lichteneichen. Lüttnitz. Mohris. Nebitzschen. Neusorge. Neusornzig. Niedergoseln (Goseln). Niederlützschera. Oberlützschera. Obersteina. Oetzsch. Poppitz bei Mügeln. Schlagwitz bei Mügeln. Schlanzschwitz. Schieben. Schrebitz mit Kroppach. Schwednitz. Schweta mit Ockritz. Seitz. Sömnitz. Sornzig. Strocken. Töllschütz. Wetitz. Wollsdorf. Zävertitz. Zaschwitz. Zschannewitz bei Mügeln. Hierüber: die Beiersdorfer und Ockritzer wüste Mark.

d. Gerichtsamt **Wermsdorf.**

Gerichtsamtmann: Carl Heinrich Hermann **Glöckner.**

Wermsdorf. Ablaß. Böhlitz mit der Mehlisschenke. Bröſitz (Pröſitz). Cannewitz. Colm. Denkwitz. Döbern. Fremdiswalde. Gastewitz bei Mutzschen. Göttwitz. Großquerbitzsch. Hubertusburg mit Schloß u. Anstalt. Jeesewitz. Kleinquerbitzsch. Köllmichen mit Leipen. Löbschütz. Lüptitz. Mahlis. Mannewitz. Merschwitz. Mutzschen. Niedergrauschwitz. Obergrauschwitz. Pommlitz bei Mügeln. Reckwitz. Remsa. Roda. Sachsendorf. Serka. Thümlitz. Wadewitz bei Mutzschen. Wagelwitz. Wäldgen. Wetteritz. Wiederoda. Zschannewitz bei Mutzschen. Albertsdorfer Mark. Hierüber: das Wermsdorfer und Luppaer Forstrevier.

e. Gerichtsamt **Döbeln.**

Gerichtsamtmann: Johann Heinrich Ferdinand **Fleck.**

Döbeln. Auterwitz. Baderitz. Beutig. Bischoffswiese. Bornitz bei Döbeln. Döschütz. Dreißig. Dürrweitzschen bei Mochau. Ebersbach. Forchheim. Gadewitz. Gärtitz. Glaucha. Gohris. Goselitz. Greußnig mit Neugreußnig. Großbauchlitz. Großsteinbach. Hermsdorf mit Neuhäusel. Höckendorf bei Technitz. Jeßnitz. Kattnitz. Keuern. Kleinbauchlitz. Kleinmockritz. Kobelsdorf. Limmeritz (Groß- u. Klein-). Lüttewitz bei Zschaitz. Lützschnitz. Mannsdorf mit Neumansdorf. Masten. Merschütz. Miera. Mischütz. Mochau. Mockritz. Möbertitz. Möckwitz. Nauslitz. Neudörfchen bei Döbeln (Neudorf). Niederanschütz. Niedersteina. Niederwutzschwitz. Nöthschütz. Noschkowitz. Obergoseln. Oberranschütz. Obersteinbach. Oberwutzschwitz. Ostrau bei Jahna. Ottewig. Pommlitz bei Simselwitz. Präbschütz. Prüfern. Redemitz. Rittmitz. Schallhausen. Schlagwitz bei Rittmitz. Schweta. Simselwitz mit Schickenhäusern. Sörnitz. Stockhausen. Strölla. Technitz. Trebanitz mit Münchshof. Tronitz. Wöllsdorf. Zäschütz. Ziegra. Zschackwitz. Zschaitz. Zschepplitz. Zschörnewitz (Ober- u. Nieder-). Zunschwitz. Zweinig.

2. Bezirksgericht **Leipzig**,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Leipzig.

Director: Dr. Friedrich Salomo **Lucius**, Geh. Reg.-Rath.
Gerichtsräthe:
Dr. Wilhelm August **Rothe**, Criminalrichter, Ritter des Königl. Sächs. Verdienstordens, Stellvertreter des Directors.
Dr. Eduard August **Steche**, Stadtrichter,
Heinrich Ferdinand **Meschke**,
Dr. Traugott Ludwig **Jerusalem**,
Dr. Friedrich Franz **Füssel**,
Carl Heinrich **Klemm**,
Heinrich Hermann **Klemm**,
Dr. Friedrich August **Hermann**,
Dr. Emil August **Merkel**,
August Eduard Robert **Lengnick**,
Dr. Rudolph Ferdinand **Wenck**,
Carl Wilhelm **Preil**.
Staatsanwalt: Carl Wilhelm **Gebert**.
Stellvertreter: Wilhelm Theodor **Kritz**.

a. Gerichtsamt **Leipzig I**.

Kreisamtmann: August Adolph Wilhelm **Köllner**.
Gerichts-Assessor: Bernhard **Holdefreund**.

Abtnaundorf mit heiterem Blick. Anger. Baalsdorf. Crottendorf. Engelsdorf. Großpösna mit Forsthaus im Oberholz. Güldengossa. Hirschfeld. Holzhausen. Liebertwolkwitz. Mölkau. Neuschönefeld. Neusellerhausen. Reudnitz. Schönefeld. Sellerhausen. Stötteritz. Stünz. Volkmarsdorf. Volkmarsdorfer Straßenhäuser. Zuckelhausen. Zweinaundorf. Hierüber: die Universitäts-Waldung, das Oberholz.

b. Gerichtsamt **Leipzig II**.

Gerichtsamtmann: Carl Moritz **Böhme**.
Gerichts-Assessoren: Dr. Carl Christian **Schmidt**,
Carl Heinrich Eduard **Pfotenhauer**.

Barneck. Böhlitz. Breitenfeld. Burgaue. Burghausen. Connewitz. Cosputhen. Gröbern. Crostewitz. Dölitz mit Meusdorf. Döfen. Ehrenberg. Eutritzsch. Gautzsch. Göbschelwitz. Gohlis. Großwiederitzsch. Großzschocher. Gundorf mit Neuscherbitz. Hähnichen. Kleinwiederitzsch. Kleinzschocher. Lauer. Leutzsch. Lindenau. Lindenthal. Lösnig. Lützschena. Markkleeberg mit Auenhain. Möckern. Oetzsch. Plagwitz. Podelwitz. Probstheida. Quasnitz. Raschwitz. Schleußig. Schönau. Seehausen. Stahmeln. Thonbergstraßenhäuser mit Thonberg. Wachau. Wahren. Windorf. Hierüber: das Ehrenberger Forstrevier.

c. Gerichtsamt **Brandis**.

Gerichtsamtmann: Theophil **Forker**.

Brandis. Albrechtshain. Ammelshain. Beucha. Borsdorf. Cämmerei. Eicha (Groß- u. Klein-). Erdmannshain. Fuchshain. Gerichshain. Kleinpösna. Kleinsteinberg. Klinga. Naunhof. Polenz. Posthausen. Seifertshain. Staudnitz. Wolfshain. Zweenfurth. Hierüber: das Naunhofer Forstrevier.

d. Gerichtsamt **Wurzen**.

Gerichtsamtmann: Heinrich Johann Wilhelm **Nathusius**.
Assessoren: Gustav Eduard **Bernhardi**,
Moritz Julius **Barth**.

Wurzen. Altenbach. Bach. Bennewitz. Böhlitz. Börln mit Neuvorwerk. Börtewitz. Burkhardshain. Canitz. Collmen. Dehnitz. Deuben. Döglitz. Dornreichenbach. Falkenhain. Frauwalde. Großzschepa. Grubnitz. Heida mit Gebäuden auf Mark Stolpen. Hohburg. Kapsdorf. Kleinzschepa. Körlitz. Kornhain. Knatewitz. Kühnitzsch. Kühren. Leulitz. Lossa. Lübschütz. Lüptitz. Machern. Meltewitz. Müglenz. Mühlbach. Nemte.

Nepperwitz. Nischwitz. Obernitzschka. Oelschütz. Paustz mit Sattelhof. Plagwitz. Poppitz. Püchau. Pyrna. Röcknitz. Roitzsch. Schmölen mit Niederschmölen. Streuben. Thallwitz. Thammenhain (Ober- u. Nieder-). Trebelshain. Treben. Unternitzschka. Voigtshain. Wasewitz. Watzschwitz. Zeititz. Zschorna. Zwochau mit den Drescherhäusern. Mark Ottendorf. Hierüber: das Hohburger und Planitzer Forstrevier.

e. Gerichtsamt **Taucha.**

Gerichtsamtmann: Emil **Lehmann.**

Taucha. Althen. Cleuden. Cradefeld. Cunnersdorf, Gut. Dewitz. Döbitz. Gottscheina. Grasdorf. Hohenheida. Merkwitz. Mockau. Neutzsch. Panitzsch. Paunsdorf. Plaußig. Plösen. Plösitz. Pönitz. Portitz. Seegeritz. Sehlis. Sommerfeld.

f. Gerichtsamt **Markranstädt.**

Gerichtsamtmann: Curt Alexander **Hänel.**

Markranstädt. Albersdorf. Frankenhain. Gärnitz. Göhrenz. Großdölzig. Großmiltitz. Hartmannsdorf. Kleindölzig. Kleinmiltitz. Knauthain. Knautkleeberg. Knautnaundorf. Kulkwitz. Lausen. Lindnaundorf. Priestäblich. Quesitz. Rehbach. Rückmarsdorf. Seebenisch.

3. Bezirksgericht **Borna,**

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Borna.

Director: Friedrich Moritz **Graner.**

Gerichtsräthe:

Johann George **Burckhardt,** Ernst Theodor Adolph **Engel,**
Eduard **Neumann,** Ernst August **Facilides.**

Staatsanwalt: Christian Wilhelm Ludwig **Abecken.**

a. Gerichtsamt **Borna.**

Gerichtsamtmann: Gustav August **Hertel.**

Altstadt Borna mit Wenigborna. Bergisdorf. Berndorf. Beucha. Blumroda. Bockwitz. Bösengröba. Brauswig. Breitingen. Breunsdorf bei Borna. Deutzen. Dittmannsdorf. Droßdorf. Eiblsbach. Eula. Flösberg. Gestewitz. Gnandorf. Görnitz. Großhermsdorf. Großzössen. Hagenest mit Löschützmühle u. Teuritz. Hartmannsdorf. Haubitz. Haynichen mit Apelt. Hemmendorf. Heuersdorf. Hohendorf. Kahnsdorf. Kesselshain. Kieritzsch. Kitscher. Kleinhermsdorf. Kleinzössen. Lobstädt. Nehmitz. Neukirchen. Plateka. Prießnitz. Pürsten. Ramsdorf. Raupenhain. Regis. Röthigen. Ruppersdorf. Schleenhain. Schönau. Thierbach. Trages. Treblshain. Treppendorf. Wildenhain. Witznitz. Wyhra. Zedtlitz. Zöpen. Hierüber: das Bornaer Forstrevier.

b. Gerichtsamt **Zwenkau.**

Gerichtsamtmann: Carl Friedrich Traugott **Siegert.**

Zwenkau. Böhlen. Bösdorf. Dewitzdeuben (Debitzdeuben). Döhlen. Eythra. Gaschwitz. Großdalzig. Großdeuben. Großstädteln. Imnitz. Kleindalzig. Kleindeuben (Probstdeuben). Kleinstädteln. Kleinsterkwitz. Kotzschbar mit Imnitz I. Löbschütz. Mausitz. Peres. Prödel. Pulgar. Rüssen. Stöhna. Telischütz. Zeschwitz. Zöbigker. Hierüber: das Zwenkauer Forstrevier.

c. Gerichtsamt **Rötha.**

Gerichtsamtmann: Ferdinand **Knörich.**

Rötha mit Podschütz u. Theka. Dalitzsch. Dechwitz. Dreiskau. Espenhain. Gaulis. Göhren. Gölzschen. Göschwitz. Großpötzschau. Gruna. Hain mit Gröbamühle. Kleinpötzschau. Kömmlitz. Kötzschwitz. Kreudnitz.

Mölbis mit Crossen. Muckern. Neumuckershausen. Oelzschau. Rödgen. Rüben. Seßewitz. Störmthal. Tanzberg mit Magdeborn. Trachenau. Zehmen.

d. Gerichtsamt Grimma.

Gerichtsamtmann: Julius Leopold **Köderitz**, Ritter des Königl. Sächs. Albrechtsordens.

Assessor: Eduard Friedrich **Pinther**.

Grimma mit einigen Vorwerken. Altenhain. Amtshäuser bei Grimma. Bahren. Beiersdorf. Beigershain. Böhlen. Bröhsen bei Döben. Burgberg. Deditz. Döben. Dorna. Förstgen. Golzern. Gornewitz. Grechwitz. Grethen. Großbardau. Großbothen. Großsteinberg. Grottewitz. Haubitz. Höfgen. Hohnstädt. Kaditzsch. Kleinbardau. Kleinbothen. Köhra. Kössern mit Amalienburg. Lindhardt. Naundorf. Neichen. Nerchau. Neunitz. Nimbschen. Pauschwitz. Pöhsig (Groß- u. Klein-). Pomßen mit Kleinpomßen. Ragewitz. Rodersdorf. Rohrbach. Schaddel. Schkortitz. Schmerditz. Seelingstädt. Threna. Trebsen. Walzig. Wednig. Würschwitz. Zaschwitz. Zeda. Zeunitz. Hierüber: das Großbothener Forstrevier mit der Landes-Schulwaldung.

e. Gerichtsamt Lausigk.

Gerichtsamtmann: Adolph Friedrich **Sommer**.

Lausigk mit Mark Kellsdorf. Ballendorf. Bernbruch. Buchheim. Etzoldshain. Glasten. Großbuch. Hainersdorf mit Wüstungsstein. Lauterbach. Otterwisch mit Groitzsch u. Groitzschhäusern. Reichersdorf. Steinbach mit Lindritz. Stockheim. Hierüber: das Glastener Forstrevier.

f. Gerichtsamt Frohburg.

Gerichtsamtmann: Ludwig **Wagner**.

Frohburg mit Rödgen. Altmörbitz. Benndorf. Bocka (Sächs. Antheil). Bubendorf. Dolsenhain. Eschefeld. Gnandstein. Greifenhain. Jahnshain. Kleineschefeld. Kohren. Linda. Meusdorf. Nenkersdorf. Neuhof. Pflug. Roda. Rüdigsdorf. Sahlis. Streitwald. Terpitz. Waldiß. Wolftitz. Wüstenhain.

g. Gerichtsamt Pegau.

Gerichtsamtmann: Carl Wilhelm **Ganglof**.

Pegau. Altengroitzsch. Audigast. Auligk (Obernhof, obern u. untern Theils). Bennewitz. Bröfen. Carsdorf. Cöllnitz. Costewitz. Droskau. Elstertrebnitz. Eulau. Gatzen. Greitschütz. Groitzsch. Großprießligk. Großstolpen. Großstorkwitz. Großwischstauden. Käferhain. Kleinoderwitz. Kleinprießligk. Kleinstolpen. Kleinwischstauden. Kobschütz. Langenhain. Leipen. Lippendorf. Löbnitz. Maititz. Maschwitz. Medewitzsch. Methewitz. Michelwitz. Nöthnitz. Obermühle bei Pegau. Obertitz. Oderwitz (Groß-). Oelschütz. Pautzsch. Piegel. Pödelwitz. Saasdorf. Schnaudertrebnitz. Spahnsdorf. Stönzsch. Tannewitz. Trautschen. Weiderode. Wiederau. Zauschwitz. Zschagast.

4. Bezirksgericht Rochlitz,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Rochlitz.

Director: Herrmann Theobald **Edelmann**, Appellationsrath.

Gerichtsräthe:

Theodor **Krauße**,	Kurt Constantin **Bielitz**,
Herrmann **Petzoldt**,	Herrmann Ludolph **Coith**.

Staatsanwalt: Gottfried Ernst Richard **Petri**.

a. Gerichtsamt Rochlitz.

Gerichtsamtmann: Wilhelm Eduard **Wimmer**.

Altzschillen. Arnsdorf bei Geringswalde. Bedeln. Bernsdorf. Blesern. Breitenborn. Carsdorf. Ceesewitz. Corba. Doberenz. Döhlen. Dölitzsch.

Fischheim. Gepülzig. Göhren. Göppersdorf bei Wechselburg. Gröblitz. Gröbschütz. Großmilkau. Großstädten. Hartha (Schlotterhartha). Himmelhartha. Kleinmilkau. Kleinstädten. Kolkau. Königsfeld mit Haidevorwerk. Köttern. Köttwitzsch. Methau. Meußen. Mutzscherode. Naundorf. Neudörfchen bei Rochlitz. Neugepülzig mit Winterschenke. Neukönigsfeld. Neumilkau bei Rochlitz. Neutaubenheim. Neuwerder. Nöbeln. Noßwitz. Obergräfenhain. Penna. Poppitz. Pürsten. Rathendorf. Sachsendorf. Schönfeld. Seebitzschen. Seelitz. Seitenhain. Sornzig. Spernsdorf. Steudten. Stöbnig. Stollsdorf. Theesdorf. Wechselburg. Weiditz. Weißbach. Wittgendorf. Zaßnitz. Zetteritz. Zettlitz. Zöllnitz. Zschaagwitz. Zschauitz. Hierüber: das Rochlitzer Forstrevier.

b. Gerichtsamt Colditz.

Gerichtsamtmann: Christian Friedrich Traugott **Klien.**

Colditz mit Versorgungsanstalt. Bockwitz. Collmen. Commichau. Erlbach. Erlln. Großsermuth. Hausdorf. Hohnbach. Kaltenborn. Kleinsermuth. Kötteritzsch. Kolzschen. Kralapp. Lastau. Leißenau. Leupahn. Leutenhain. Maschwitz. Meuselwitz. Möseln. Podelwitz. Raschütz. Rüx. Schönbach. Schwarzbach. Seupahn. Skoplau. Tanndorf. Terpitzsch. Thierbaum. Thumirnicht. Zollwitz. Zschadraß. Zschetzsch. Zschirla. Hierüber: das Ebersbacher, Schönbacher und Thiergartner Forstrevier.

c. Gerichtsamt Leisnig.

Gerichtsamtmann: Adolph Christian **Philipp.**

Leisnig. Altenhof. Altleisnig. Arras u. Dörfchen. Beiersdorf. Bockelwitz. Böhlen. Börtewitz. Brösen bei Leisnig. Clennen. Dobernitz. Doberquitz. Doberschwitz. Draschwitz. Dürrweitzschen bei Motterwitz. Eichhardt mit Tautendorf. Fischendorf. Frauendorf bei Leipnitz. Görnitz. Gorschmitz. Großpelsen. Großweitzschen. Hetzdorf. Kalthausen. Keiselwitz. Kleinpelsen. Kleinweitzschen. Klosterbuch. Korpitzsch. Kroptewitz. Kuckeland. Lauschka. Leipnitz. Leuterwitz. Marschwitz. Meinitz. Minkwitz mit Paudritzsch. Motterwitz. Muschau. Nauberg. Naundorf bei Altenhof. Naunhof. Neudörfchen bei Leisnig. Nicollschwitz. Ostrau bei Zschoppach. Papsdorf. Paschwitz. Poldiz. Polkenberg mit Bocksdorf. Röda. Scheergrund. Seidewitz. Seifersdorf mit Hasenberg. Sitten. Tautendorf. Tragnitz. Wendishain mit Pfarrhäusern. Westewitz. Wiesenthal. Zeschwitz. Zönnewitz. Zollschwitz. Zschockau. Zschoppach. Mark Poselitz. Hierüber: das Hochweitzschner, Klosterbucher, Leipnitzer, Taundorfer und Wendishainer Forstrevier.

d. Gerichtsamt Hartha.

Gerichtsamtmann: Friedrich Wilhelm **Schneider.**

Hartha. Aschershain. Diedenhain. Flemmingen. Gersdorf mit den 3 Lilien u. den Pfarrhäusern. Kieselbach. Langenau. Nauhain. Queckhain. Reinhardtsthal. Richzenhain. Saalbach. Schönerstädt mit wilder Sau u. Straßenhäusern. Steina mit Vorwerk Steina. Töpeln mit Vorwerk Pischwitz. Wallbach.

e. Gerichtsamt Geringswalde.

Gerichtsamtmann: Reinhold **Körner.**

Geringswalde. Aitzendorf. Altgeringswalde. Arras. Dittmannsdorf bei Geringswalde. Hilmsdorf. Hoiersdorf. Holzhausen. Klostergeringswalde. Neuwallwitz. Niedercrossen. Obercrossen. Schweikershain. Hierüber: das Geringswaldner Forstrevier.

f. Gerichtsamt Geithain.

Gerichtsamtmann: Theodor Otto **Berndt.**

Geithain. Altdorf. Bruchheim. Ebersbach. Eckersberg. Frauendorf. Hermsdorf bei Geithain. Hopfgarten. Koika. Narsdorf. Nauenhain. Nieder-

frankenhain. Niedergräfenhain. Niederpickenhain. Oberfrankenhain. Oberpickenhain. Ossa. Ottenhain (alt u. neu). Seifersdorf. Syhra. Tautenhain. Theusdorf. Wenigossa. Wickershain.

g. Gerichtsamt Penig.

Gerichtsamtmann: Ernst Gustav **Adam.**

Penig mit Topfanger, Mühlgasse, Scheibengut rc. Arnsdorf bei Rochsburg. Thursdorf. Dittmannsdorf bei Penig. Dürrengerbisdorf. Großschlaisdorf. Herrnsdorf. Kaufungen mit Sorge u. Birkenhäusern. Kleinschlaisdorf. Langenleuba Oberhain. Lunzenau. Markersdorf bei Penig. Mühlwiese. Niederelsdorf. Niedersteinbach. Oberelsdorf. Obersteinbach. Rochsburg. Schlagwitz. Tauscha. Thierbach. Uhlsdorf (Wasser=). Wernsdorf. Wolkenburg mit Brückenhäusern. Zinnberg.

5. Bezirksgericht **Mitweida,**

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Mitweida.

Director: Johann Ehregott **Clauß.**

Gerichtsräthe:

Heinrich Moritz **Ruth**, Gustav **Wöllner**,
Wilhelm Adolph **Engel**, Dr. Paul Ludwig **Hübel.**

Staatsanwalt: Carl Theodor **Hoffmann.**

a. Gerichtsamt Mitweida.

Gerichtsamtmann: Ernst Theodor Adolph **Engel.**

Altmitweida. Biensdorf. Dreiwerden. Erlau. Erlebach. Falkenhain. Frankenau. Grumbach bei Mitweida. Hermsdorf. Kockisch. Königshain. Lauenhain. Neudörfchen bei Mitweida. Neusorge. Niederrossau. Niederhalheim. Oberrossau. Oberthalheim. Ottendorf bei Frankenberg. Ringenthal. Rößgen. Schönborn. Seifersbach. Tanneberg. Topfseifersdorf. Weinsdorf mit Liebenhain. Wiederau. Winkeln. Wolfsberg (Vorwerk). Zschöppichen. Zschoppelshain. Hierüber: das Neusorger und Rossauer Forstrevier.

b. Gerichtsamt Haynichen.

Gerichtsamtmann: Leopold Gustav **Geudtner.**

Haynichen. Berbersdorf. Berthelsdorf. Bockendorf. Crumbach bei Haynichen. Cunnersdorf. Eulendorf. Falkenau mit Witzmühle. Gersdorf bei Haynichen. Gosberg mit Lichtenstein u. Reuth. Kaltofen. Langenstriegis. Robendorf. Ottendorf bei Haynichen. Pappendorf. Riechberg mit Siegfried, Gehege u. Hammermühle. Schlegel. Hierüber: das Bockendorfer Forstrevier.

c. Gerichtsamt Roßwein.

Gerichtsamtmann: Carl Napoleon **Meding.**

Roßwein mit Zubehör. Arnsdorf. Bodenbach. Böhringen. Dittersdorf. Etzdorf. Gersdorf bei Etzdorf. Gertitzsch. Gleisberg. Greifendorf. Grünrodaer Mühle. Gruna bei Roßwein mit Ilgenscher Mühle. Haßlau mit Klinge und Stiefel. Hohenlauft. Littdorf. Malitzsch. Marbach Ober=, Mittel=, Nieder=) mit Rosenthal und den Dreierhäusern. Moosheim. Naundorf. Niederforst. Niederstriegis mit Nonnenberg. Oberforst. Ossig. Schmalbach mit goldenem Hirsch. Seifersdorf mit Neuseifersdorf. Theeschütz mit Juchhöh. Ullrichsberg mit Troischau. Wettersdorf mit Siebeneichen. Hierüber: das Dittersdorfer Forstrevier.

d. Gerichtsamt Waldheim.

Gerichtsamtmann: Dr. Ludwig Constantin **Osterloh.**

Waldheim mit Breitenberg und Strafanstalt. Beerwalde. Ehrenberg. Gebersbach. Gilsberg. Grünlichtenberg (Grünberg und Lichtenberg. Heida

bei Otzdorf. Heiligenborn. Höckendorf bei Grünlichtenberg. Höfchen. Knobelsdorf. Kriebethal. Kriebestein. Massanei mit Vorwerk Massanei. Mainsberg. Moritzfeld. Neudörfchen b. Waldheim. Neuhausen. Neumilkau bei Waldheim mit den Vierhäusern. Neuschönberg. Otzdorf. Rauschenthal (Ober- u. Unter-). Reichenbach bei Waldheim. Reinsdorf. Rudelsdorf. Schönberg. Storlwald.

e. Gerichtsamt Burgstädt.

Gerichtsamtmann: Friedrich Theodor **Martini.**

Burgstädt. Berthelsdorf. Burkersdorf. Claußnitz. Cossen. Diethensdorf. Göppersdorf bei Burgstädt. Göritzhain mit Wilhelminenberg u. Wiederberg. Hartmannsdorf. Heiersdorf. Helsdorf. Herrenhaida. Hohenkirchen. Köthensdorf. Markersdorf bei Claußnitz. Moosdorf. Mühlau. Raltzenhain. Röllingshain. Stein mit Rabenberg. Taura.

VI. Appellationsgericht Zwickau.

Präsident: Carl George Julius **von Mangold**, Comthur 2. Classe des Königl. Sächs. Verdienstordens.

Appellationsräthe:

Eduard **Flechsig,**
Alexander Ferdinand Immanuel **Pechwell,**
Fedor **Vieweg,**
Rudolph **Braun,**
Carl Gottlob **Voigt,**
Friedrich Gottlieb **Priber.**

1. Bezirksgericht Chemnitz,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Chemnitz.

Director: Ernst Moritz **Thiemann.**

Gerichtsräthe:

Karl Max Ehregott **von der Planitz,**
Carl Friedrich Joseph **Stachel,**
Carl Gustav **Tittel,**
Eduard Otto **Börner,**
Carl Georg Franz Gustav **Marezoll,**
Gustav Moritz **Knappe von Knappstädt.**

Staatsanwalt: Gustav Adolph **Barth.**

a. Gerichtsamt Chemnitz.

Gerichtsamtmann: Moritz Lebrecht **Friedrich.**

Assessoren: Friedrich Ernst **Helmers**, Carl August **Dürisch.**

Adorf. Altchemnitz. Altendorf. Altenhain. Berbisdorf. Bernsdorf. Borna. Draißdorf. Eibenberg. Einsiedel. Erfenschlag. Furth. Gablenz. Glösa. Grüna. Hainersdorf. Harthau. Helbersdorf. Hilbersdorf. Kappel. Klaffenbach. Leukersdorf. Markersdorf. Mittelbach mit neuem Anbau „Landgraben". Neukirchen. Neustadt mit Höckericht. Niederhermersdorf. Niederrabenstein. Oberhermersdorf. Oberrabenstein. Olbersdorf (Albertsdorf). Reichenbrand. Reichenhain. Rottluf. Schloßgasse. Schloßvorwerk Chemnitz. Schönau. Siegmar. Stelzendorf. Hierüber: das Chemnitzer, Leukersdorfer, Olbersdorfer und Rabensteiner Forstrevier.

b. Gerichtsamt Frankenberg.

Gerichtsamtmann: Carl Alexander **Geusel.**

Frankenberg mit Neubau. Altenhain. Auerswalde (Ober- u. Nieder-). Braunsdorf. Dittersbach. Ebersdorf. Garnsdorf (Ober- u. Nieder-). Gunnersdorf. Hausdorf. Irbersdorf. Lichtenwalde. Merzdorf. Mühlbach. Neudörfchen bei Sachsenburg. Niederlichtenau. Niederwiesa. Oberlichtenau. Oberwiesa. Ortelsdorf. Sachsenburg. Hierüber: das Sachsenburger Forstrevier.

c. Gerichtsamt **Limbach.**

Gerichtsamtmann: Vacat.

Limbach. Bräunsdorf (antheilig). Fichtigsthal. Jahnshorn. Kändler. Löbenhain. Mittelfrohna. Murschnitz. Niederfrohna. Oberfrohna. Pleißa. Röhrsdorf. Wittgensdorf. Wüstenbrand.

d. Gerichtsamt **Stollberg.**

Gerichtsamtmann: Gustav Richard **Hedenus.**

Stollberg. Abtei Oberlungwitz. Auerbach. Brünlos. Burkhardtsdorf. Dorfchemnitz bei Zwönitz. Erlbach. Gablenz. Gornsdorf. Günsdorf. Hoheneck. Hormersdorf. Jahnsdorf. Kirchberg. Lugau. Meinersdorf. Mitteldorf. Neuwiese. Niederdorf. Niederwürschnitz. Niederzwönitz. Oberdorf. Oberwürschnitz. Oelsnitz (antheilig). Pfaffenhain. Seifersdorf. Thalheim. Ursprung. Hierüber das Thalheimer Forstrevier.

2. Bezirksgericht **Augustusburg,**

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Schellenberg.

Director: Alexander Eduard **von Mücke.**

Gerichtsräthe:

Alexander Carl **Römisch,**	Wilhelm Lebrecht **Irmer,**
Wilhelm **Steinert,**	Carl Otto **Coith.**

Staatsanwalt: Ludwig Herrmann **Günther.**

a. Gerichtsamt **Augustusburg.**

Gerichtsamtmann: Friedrich August **Förster.**

Assessor: Friedrich Moritz **Weinhold,** zugleich Hilfsrichter bei dem Bezirksgerichte Augustusburg.

Börnchen bei Zschopau. Bernsdorf. Borstendorf. Dorfschellenberg. Eggendorf. Erdmannsdorf. Euba. Falkenau. Flöha. Gickelsberg. Großwaltersdorf mit Neuwaltersdorf. Grünberg. Grünhaynichen. Hennersdorf. Hohenfichte. Jägerhof. Kleinhartmannsdorf. Kunnersdorf. Leubsdorf. Marbach. Metzdorf. Plaue. Waldkirchen mit Zschopenthals. Hierüber: das Augustusburger, Börnchener, Leubsdorfer, Plauesche und Borstendorfer Forstrevier.

b. Gerichtsamt **Oederan.**

Gerichtsamtmann: Herrmann Theodor **Haase.**

Oederan. Börnchen bei Oederan. Breitenau. Frankenstein. Gablenz. Görbersdorf. Hartha. Hetzdorf. Hohenlinde. Kirchbach. Memmendorf. Schönerstädt. Thiemendorf. Wingendorf.

c. Gerichtsamt **Zschopau.**

Gerichtsamtmann: Gustav Adolph **Fritzsche.**

Zschopau. Crumhermersdorf. Dittersdorf. Dittmannsdorf. Gornau. Kemtau. Schlößchen Porschendorf mit Lehnhans Zschopau. Weißbach bei Zschopau. Witzschdorf. Hierüber: das Zschopauer Forstrevier.

d. Gerichtsamt **Lengefeld.**

Gerichtsamtmann: Alfred Arthur **Lorenz.**

Lengefeld mit Rauenstein, Marterbüschel, Lehnvorwerk und Dorf Lengefeld. Forchheim (Ober- u. Nieder-). Görsdorf. Haselbach (Nieder-, Neu- u. Ober-). Lippersdorf. Mittelsaida. Neunzehnhain. Niedersaida. Obersaida. Pockau. Reifland mit Tümpel. Stolzenhain. Wernsdorf mit Nennigmühle. Wünschendorf. Hierüber: das Lengefelder und Neuforger Forstrevier.

e. Gerichtsamt Zöblitz.

Gerichtsamtmann: Karl Anton **Bormann.**

Zöblitz. Ansprung. Blumenau. Einsiedel-Sensenhammer. Grünthal, Kupferhammer. Grundau. Lauterbach. Niederlauterstein. Niedernatzschung. Obernatzschung mit Haidehäusern. Olbernhau mit Leipnitzdörfel u. neuer Schenke. Pobershau. Rittersberg. Rothenthal. Rübenau. Schloßmühle bei Zöblitz. Sorgau. Hierüber: das Kriegswalder, Lauterbacher, Olbernhauer und Sorgauer Forstrevier.

3. Bezirksgericht Annaberg,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Annaberg mit Buchholz.

Director: Scipio Agricola **Herbig.**

Gerichtsräthe:

Carl Heinrich **von Zeschau,**
Friedrich August **Drewitz,**
Rudolph **Franz,**
Gottlieb Carl **Hecker.**
Friedrich Heinrich **Löser,**

Staatsanwalt: Georg Bernhardt **Stöckel.**

a. Gerichtsamt Annaberg.

Gerichtsamtmann: Wilhelm Heinrich **Bach.**

Arnsfeld. Bärenstein. Cunersdorf. Frohnau. Geiersdorf mit rothem Vorwerk u. Schrammgut. Kleinrückerswalde. Königswalde (Amts- u. Rathsseite). Mildenau. Mittelschmiedeberg. Oberschaar. Schönfeld. Sehma. Wiesa mit Bad, Dreigut, Plattengut, neuen Gut, Weißgut und Prager Gut.

b. Gerichtsamt Marienberg.

Gerichtsamtmann: Carl August **Kempe.**

Marienberg mit Gebirge, Dörfel, Gelobtland, Hüttengrund, Wüstenschletta, Hirschstein, Jüdenhain u. Mooshaide. Boden mit Jüdenstein u. Hirschleithe. Großrückerswalde mit Teichvorwerk u. Wolfsberg. Kühnhaida. Laute. Mauersberg. Niederschmiedeberg. Raitzenhain. Rückerswalde. Schindelbach. Hierüber: das Kühnhaidaer, Marienberger und Rückerswalder Forstrevier.

c. Gerichtsamt Wolkenstein.

Gerichtsamtmann: Friedrich Gustav **Edler.**

Wolkenstein. Drebach (Ober-, Mittel- Nieder-). Falkenbach mit Himmelmühle. Geringswalde. Grießbach. Großolbersdorf. Grünau. Hilmersdorf mit neuen Häusern u. Heinzebank. Hohndorf. Hopfgarten. Naundorf. Scharfenstein mit Weida. Schönbrunn mit Heidelbach. Streckewalde. Venusberg. Witzsch. Hierüber: das Schönbrunner Forstrevier.

d. Gerichtsamt Ehrenfriedersdorf.

Gerichtsamtmann: Heinrich Hermann **Wiegand.**

Ehrenfriedersdorf. Gelenau. Herold. Jahnsbach. Thum, Stadt. Thum, Dorf. Hierüber: das Thumer Forstrevier.

e. Gerichtsamt Geyer.

Gerichtsamtmann: Franz Wilhelm Alexander **Flohr.**

Geyer. Dörfel. Hermannsdorf. Tanneberg mit Siebenhöfen.

f. Gerichtsamt Grünhain.

Gerichtsamtmann: Julius Eduard **Hunger.**

Grünhain. Bernsbach. Dittersdorf. Elterlein mit Brünlaßgütern, Ziegelvorwerk u. Burgstädtel. Förstel. Kühnhaida. Lenkersdorf, antheilig. Oberpfannenstiel, antheilig. Schwarzbach mit Hasengut. Waschleute mit Haida. Zwönitz. Hierüber: das Elterleiner und Grünhainer Forstrevier.

g. Gerichtsamt Scheibenberg.

Gerichtsamtmann: Carl Ferdinand **Wilisch.**

Scheibenberg. Crottendorf. Markersbach. Mittweida mit HammeroberMittweida. Oberscheibe. Schlettau. Unterscheibe. Waltersdorf. Hierüber: das Crottendorfer und Mittweidaer Forstrevier.

h. Gerichtsamt Oberwiesenthal.

Gerichtsamtmann: Moritz **von der Mosel.**

Oberwiesenthal. Cranzahl. Hammer-Unterwiesenthal. Kretscham-Rothensehma. Neudorf. Niederschlag. Stahlberg. Tellerhäuser. Unterwiesenthal. Hierüber: das Cranzahler, Neudorfer, Ober- und Unterwiesenthaler Forstrevier.

i. Gerichtsamt Jöhstadt.

Gerichtsamtmann: Gustav **Klinkhardt.**

Jöhstadt. Grumbach. Oberschmiedeberg. Satzung. Schmalzgrube. Steinbach. Hierüber: das Steinbacher und Jöhstädter Forstrevier.

4. Bezirksgericht Eibenstock,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Eibenstock.

Director: Friedrich Erdmann **Seifert,** Appellationsrath.
Gerichtsräthe:
Friedrich Wilhelm **Kunze,** Peter Clemens **Grohmann,**
Alwin **Landrock,** Heinrich **Kraner,**
Staatsanwalt: Gustav Wilhelm **Hammer.**

a. Gerichtsamt Eibenstock.

Gerichtsamtmann: Philipp Theodor **Eißenbeiß.**

Carlsfeld. Hundshübel. Muldenhammer. Neidhardsthal. Neuheide. Oberstützengrün. Schönhaida. Schönhaidaer Hammer mit Uttmanschem Vorwerk. Sosa mit Zimmersacher- u. Auersberghäusern, Riesenberger Häuser, rother Mann u. Fritzsches Haus. Unterblauenthal mit Spitzleithe, der vordern u. hintern Plänerleithe und Sandleithe. Unterstützengrün. Weitersglashütte. Wildenthal. Wolfsgrün (Oberblauenthal). Hierüber: das Auersberger, Eibenstocker, Glashütter, Hundshübler, Schönhaidaer, Sosaer und Wilzschhäuser Forstrevier.

b. Gerichtsamt Schneeberg.

Gerichtsamtmann: Ludolph Hermann **Kasten.**
Assessor: Johann Friedrich Carl **Schuster.**

Schneeberg. Albernau mit neuem Anbau. Aue mit Bechergut, Bergfreiheiten, Brünlaßgut u. Brünlaßberg. Auerhammer. Burkhardtsgrün. Griesbach. Klösterlein mit Zella. Lindenau. Mühlberg. Neustädtel mit Tauschermühle. Niederschlema. Oberschlema. Blaufarbenwerk. Schindlersches Blaufarbenwerk. Zschorlau.

c. Gerichtsamt Schwarzenberg.

Gerichtsamtmann: Carl Friedrich Adolph **Wieland.**

Schwarzenberg mit rothem Gut und Vorwerken. Bernesgrün. Beyerfeld mit den Hüttenwerken. Bockau mit Conradswiese. Crandorf. Erla. Großpöhla mit Biedermannschem Hammerwerke, neuen Häusern u. Jalnhammer. Grünstädtel mit Sonnenberg. Hammer-Rittersgrün (Arnols- u. Rothehammer). Kleinpöhla. Langenberg. Lauter. Neuwelt. Niederglobenstein. Oberrittersgrün mit Ehrenzipfel. Obersachsenfeld. Pfeilhammer mit Hammerleithen. Raschau. Unterrittersgrün mit Oberglobenstein. Untersachsenfeld. Wildenau. Hierüber: das Bernesgrüner, Bockauer, Crandorfer, Großpöhlaer und Lauterer Forstrevier.

d. Gerichtsamt Johanngeorgenstadt.

Gerichtsamtmann: Carl Gustav **Abt.**

Johanngeorgenstadt. Breitenbrunn mit halber Meile, Preißhäuser u. Klughaus. Breitenhof. Jugel (Ober= u. Nieder=) mit Henneberg u. Zechenhäusern. Lorenz Zechenhäusern. Steinbach mit Sauschwemme. Steinheidel mit Fellbach, Erlabrunn, Teumerhaus und neue Mühle. Wittichsthal. Hierüber: das Johanngeorgenstadter und Breitenbrunner Forstrevier.

e. Gerichtsamt Auerbach.

Gerichtsamtmann: Johann Gustav Adolph **Seidel.**

Auerbach. Beerheida. Brunn bei Auerbach. Crinitzleithen. Dresselsgrün. Gottesberg mit Neuberg. Hauptbrunn. Herlagrün. Hinterhain. Hohengrün. Jägersgrün. Morgenröthe mit Rautenkranz ꝛc. Mühlgrün. Rebesgrün. Rempesgrün mit Fichtig und Lohhäusern. Reumtengrün. Rodewisch (Nieder = Auerbach, Ober = u. Untergöltzsch ꝛc. Rebesbrunn). Rothenkirchen. Rützengrün. Schnarrtanne mit Veithäusern, Hahn = u. Laubberghäusern. Sorge bei Auerbach. Tannebergsthal mit Pechseifen, Georgengrün, Grünhaida, Zöbisch u. Reiboldsgrün. Vogelsgrün. Wernesgrün mit Plitzschenhäusern. Wiedenberg bei Rodewisch. Wildenau. Hierüber: das Ellefelder, Georgengrüner, Rautenkranzer, Tannebergsthaler und Sachsengrunder Forstrevier.

f. Gerichtsamt Klingenthal.

Gerichtsamtmann: Moritz **Schenkel.**

Klingenthal mit Quittenbach. Aschberg. Brunndöbra mit Mittelberg u. Döhlerwald. Georgenthal. Glasbachhäuser. Kottenhaida. Landesgemeinde. Mühlleithen bei Steindöbra. Obersachsenberg. Steindöbra. Untersachsenberg. Winselburg. Zwota. Zwotenthal (Oberzwota). Hierüber: das Brunndöbraer, Kottenheidaer und Landesgemeinder Forstrevier.

5. Bezirksgericht Zwickau,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Zwickau.

Director: Gustav Adolph **Neidhardt.**

Gerichtsräthe:

Robert Emil **Pernitzsch,**	Gustav Edmund **Jungnickel,**
Gustav Adolph **Flechsig,**	Henry William **Dreßler.**
Wilhelm Otto **von Görschen,**	

Staatsanwalt: Friedrich Wilhelm **Facilides,** Appellationsrath.

a. Gerichtsamt Zwickau.

Gerichtsamtmann: Carl Friedrich **Hohlfeld.**
Assessor: Oscar **Schrag.**

Auerbach. Bockwa. Brand. Cainsdorf. Crossen. Ebersbrunn (Ebelsbrunn). Eckersbach. Helmsdorf. Lichtentanne. Marienthal. Mosel. (Mittel=, Nieder= u. antheil. Ober=). Niederhohndorf. Niederplanitz mit Neudörfel. Niederschindmaas, antheilig. Oberhohndorf. Oberplanitz. Pöhlau. Pölbitz. Reinsdorf, antheil. Schedewitz. Schneppendorf. Schönfels. Stenn. Thanhof. Vielau, antheil. Weißenborn. Wendisch=Rottmannsdorf.

b. Gerichtsamt Wildenfels.

Gerichtsamtmann: Julius Otto **Lobeck.**

Wildenfels mit Friedrichsthal. Gunnersdorf, antheil. Friedrichsgrün. Grünau. Härtensdorf, antheil. Heinrichsort. Neudörfel bei Lichtenstein, antheil. Neudörfel bei Wildenfels, antheil. Neuwittendorf. Ortmannsdorf, antheil. Reinsdorf excl. Zwickauer Antheil. Schönau, antheil. Weißbach mit Hermersdorf. Zschocken, antheil.

c. Gerichtsamt Kirchberg.

Gerichtsamtmann: Simon Gustav **Meisel.**

Kirchberg. Bärenwalde. Burkersdorf. Culitzsch. Cunnersdorf (excl. des Wildenfelser Antheils). Giegengrün. Haara. Haarholz. Hartmannsdorf bei Kirchberg mit Jahnsgrün. Hirschfeld. Lauterhofen. Lauterholz. Leutersbach. Lichtenau. Niedercrinitz. Obercrinitz. Poppenwald. Saupersdorf. Silberstraße. Stangengrün. Voigtsgrün. Wiesen. Wiesenburg. Wilkau. Wolfersgrün. Hierüber: das Jahnsgrüner Forstrevier.

d. Gerichtsamt Werdau.

Gerichtsamtmann: Friedrich Ludwig **Wolf.**
Assessor: Friedrich Robert **Weinert.**

Werdau. Beiersdorf. Blankenhain mit Augustenhof u. Weidenhof. Chursdorf. Gospersgrün bei Beiersdorf. Grobsdorf. Hartmannsdorf bei Werdau. Hilbersdorf. Kleinbernsdorf bei Crimmitschau. Kleinrußdorf. Königswalde. Langenbernsdorf. Langenhessen. Lengefeld bei Liebschwitz. Leubnitz. Liebschwitz. Lietzsch. Loitzsch. Neudeck. Niebra. Niederalbertsdorf. Niedersteinpleis. Oberalbertsdorf. Obersteinpleis. Pösneck. Reuth bei Beiersdorf. Rückersdorf. Ruppertsgrün bei Beiersdorf. Rußdorf. Seelingstadt mit Friedmannsdorf. Stöcken 1ste u. 2te Theil. Taubenpreskein. Trünzig mit Stöcken. Untersteinpleis. Waldorf. Weißenbrunn. Wolframsdorf. Zwirtzschen. Hierüber: das Langenbernsdorfer und Neudecker Forstrevier.

e. Gerichtsamt Crimmitzschau.

Gerichtsamtmann: Carl August **Redslob.**

Crimmitzschau. Carthause. Culten. Dänkritz. Dennheritz, antheil. Frankenhausen mit Gosel. Gablenz. Gösau. Harthau bei Lauenhain. Helersdorf mit Antheil Schönheide. Kleinhessen mit Besenhof u. Krippe. Kniegasse. Langenreinsdorf. Lauenhain mit Gersdorf. Lauterbach. Leitelshain mit Tempel. Naundorf. Neukirchen bei Crimmitschau. Nichzenhain. Niedergrünberg. Obergrünberg. Rudelswalde mit Sahnau. Schiedel. Schweinsburg mit Döbitzgut. Tempel bei Frankenhausen. Thonhausen, Sächs. Antheil. Ungewiß. Wahlen. Waldsachsen, Sächs. Antheil, antheilig.

f. Gerichtsamt Remse.

Gerichtsamtmann: Julius Ernst **Meischner.**

Remse. Breitenbach. Ebersbach. Franken, antheil. Frohnsdorf, Sächs. Antheil. Gähsnitz. Harthau bei Tettau. Hoyersdorf, Sächs. Antheil. Kertzsch. Kleinchursdorf. Lipprandis, antheil. Neukirchen bei Waldenburg. Niederarnsdorf. Oberdorf. Oberwiehra, antheil. Oberwinkel. Oertelshain. Reichenbach. Schwaben, antheilig. Seiferitz, antheilig. Tettau. Thiergarten. Tirschheim. Uhlmannsdorf (Ziegel-). Weidensdorf. Wickersdorf. Wünschendorf. Ziegelheim.

g. Gerichtsamt Reichenbach.

Gerichtsamtmann: Carl Heinrich **Speck.**

Reichenbach. Altrottmannsdorf. Brunn bei Reichenbach mit Salzmeste. Cunsdorf bei Reichenbach. Erlmühle. Foschenrode. Friesen. Hauptmannsgrün. Lambzig. Mylau. Netzschkau. Neumark. Oberheinsdorf. Obermylau. Oberneumark. Oberreichenbach. Römersgrün mit Raumfeld. Rotzschau. Schneidenbach. Schönbach. Unterheinsdorf. Unterneumark.

h. Gerichtsamt Lengenfeld.

Gerichtsamtmann: Carl Gustav **Zumpe.**

Lengenfeld. Abhorn. Gölzschhäuser. Grün. Irfersgrün. Pechtelsgrün. Plohn. Röthenbach. Schönbrunn. Waldkirchen.

6. Bezirksgericht **Plauen**,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Plauen.

Director: Johann Carl **Markgraf**.
Gerichtsräthe:
Emil Julius Constantin **Ludwig**, Heinrich Ernst **Vollmar**,
Carl Albin **Barthol**, Johann George **Jahn**.
Julius Ferdinand **Damm**,
Staatsanwalt: Carl Herrmann **Schmöger**.

a. Gerichtsamt **Plauen**.

Gerichtsamtmann: Carl Ludwig **Beyer**.

Altensalz. Berglaß. Brand. Chrieschwitz. Dehles. Gansgrün. Geilsdorf. Grobau. Großfriesen. Großzöbern. Gutenfürst. Haselbrunn. Helmsgrün. Jeßnitz. Kauschwitz mit Schützenwiese. Kemnitz. Kleinfriesen. Kleinzöbern. Kloschwitz. Kobitzschwalde. Krebes mit Kandelhof u. obern Plattenhaus. Kröstau. Kürbitz. Leubnitz mit Siebenhitz u. Espig. Mechelgrün (Ober- u. Unter-) mit Harzberg. Meßbach. Mißlareuth. Möschwitz. Neudörfel bei Pöhl. Neuensalz. Oberlosa. Oberneundorf. Pirk mit Türbel. Pöhl mit Hammerhaus. Reinhardtswalde. Reinsdorf. Reißig (Vorder- u. Hinter-) mit Pfaffenmühle u. Pfaffenhaus-Hinterreißig. Reusa. Reuth bei Plauen. Rodau. Rodersdorf. Rodlera. Rößnitz. Röttis mit Lochhaus. Rosenberg. Ruderitz mit Burgstein, Ruhehäuser u. untern Plattenhaus. Schneckengrün mit Forsthaus, Fritzschenhaus u. Reiboldsruhe. Schönlind. Schwand. Schwarzenreuth. Sorga bei Neusa. Steins. Stelzen. Stöckigt bei Grobau. Stöckigt bei Plauen. Straßberg. Syrau mit Neumarkt u. Bahnmühle. Tauschwitz. Theuma. Thiergarten. Thossen. Thoßfell. Tobertitz. Unterlosa. Unterneundorf. Voigtsgrün. Weischlitz (Ober-, Unter-). Zobes mit Butterleithen u. Siebenhitz. Zschockau. Zwoschwitz. Hierüber: das Reiboldsruher Forstrevier.

b. Gerichtsamt **Pausa**.

Gerichtsamtmann: Carl Gottlob **Hüttner**.

Pausa mit Reitzmar, Spitzen- u. Trotzenburg. Demeusel. Drochaus mit Ilm u. Geyersberg. Dröswein. Ebersgrün. Fasendorf. Kornbach. Langenbach. Langenbuch. Linde mit Oberlinde. Mehltheuer. Mühltroff. Oberpirk mit Bitthaus. Oberreichenau. Rauspach. Schönberg. Thierbach. Unterpirk. Unterreichenau mit Mittelhöhe. Wallengrün. Hierüber: das Pausaer Forstrevier.

c. Gerichtsamt **Elsterberg**.

Gerichtsamtmann: Franz Volkmar **Steinhäuser**.

Elsterberg mit Görschnitzberg. Brockau. Christgrün mit Kleinchristgrün. Coschütz. Cunsdorf bei Elsterberg. Feldwiese. Görschnitz mit Gippe u. Franzmühle. Jocketa. Kleingera. Lieban. Loßa. Noßwitz. Paußdorf. Reimersgrün. Reuth bei Elsterberg mit Pfannenstiel. Rückisch. Ruppertsgrün bei Lieban. Sachswitz, Gotteshausgut. Scholas. Steinsdorf. Thürnhof. Tremnitz. Trieb an der Elster mit der Barthmühle. Wipplas.

d. Gerichtsamt **Treuen**.

Gerichtsamtmann: Carl Julius **Schmidt**.

Treuen. Altmannsgrün bei Treuen mit Wichen. Buch. Buchwald (Ober- u. Unter-). Eich mit Eichhäusern. Gospersgrün. Hartmannsgrün. Herlasgrün. Limbach (Ober- u. Unter-). Mahnbrück. Mühlwand mit Bünaumühle. Perlas. Pfaffengrün. Schreiersgrün. Unterlauterbach. Weitenhäuser. Weißensand mit Kleinweißensand, Jägerhaus, Schoten u. Walkmühle. Wetzelsgrün. Wolfspfütz.

e. Gerichtsamt Falkenstein.

Gerichtsamtmann: Carl Gustav **Größel.**

Falkenstein. Bergen. Boda. Dorfstadt. Ellefeld mit Hanneloh. Friedrichsgrün. Grünbach (Vorder- u. Hinter-) mit Lochberg. Hammerbrücke mit Rißbrücke, Pachthaus u. Lur. Kottengrün. Neudorf mit untern u. obern Pachthaus u. Hofmeister. Neustadt mit Winn, Siebenhitz u. Scheibenhaus. Oberlauterbach mit Irrgang. Pillmannsgrün mit Oberjägerswald. Poppengrün. Schönau. Siehdichfür. Trieb bei Bergen. Werda.

f. Gerichtsamt Schöneck.

Gerichtsamtmann: Friedrich Wilhelm **Finke.**

Schöneck. Arnoldsgrün mit Wiedenberg. Brotenfeld. Eschenbach. Hermsgrün. Korna. Marieney mit Buttergrund u. Grünholz. Muldenberg. Muldenhäuser. Saalig. Saubachhäuser. Schilibach. Tannenhaus. Wohlbach mit Witthumsgütern. Zachariashaus. Hierüber: Tannenhäuser Forstrevier.

g. Gerichtsamt Markneukirchen.

Gerichtsamtmann: August Theodor **Gröbel.**

Markneukirchen mit Meinelhäusern. Bernitzgrün (Bernsgrün). Breitenfeld. Erlbach mit Kegel. Eubabrunn. Gopplasgrün mit Berghäusern. Gunzen. Hetzschen. Landwüst. Wernitzgrün. Wohlhausen mit Friebus.

h. Gerichtsamt Adorf.

Gerichtsamtmann: Friedrich Wilhelm **Herold.**

Adorf mit Sorge, Schabendeck u. Kessel. Arnsgrün. Bärendorf. Bärenloh (Ober-, Unter-). Bergen. Carlsgasse. Christiansreuth. Elster. Frauengrün. Freiberg. Gettengrün (Ober-, Unter-). Gürth. Heißenstein. Hennebach. Hohendorf. Jugelsburg. Kleedorf. Leubetha mit Mühlleithen. Mühlhausen mit Jüdenloh. Oberbrambach. Raun mit obern u. untern Lohhäusern. Raunergrund. Raunerhammer. Rebersreuth. Remtengrün. Reuth bei Elster. Röthenbach. Rohrbach mit Wetterhütte. Schönberg mit Geierhäusern, Bärenteich, Großenteich, Scheiben- u. Teichmühle. Schönlind mit Hallerhäusern. Siebenbrunn mit Straßenhäusern. Sohl. Unterbrambach (Brambach). Weidigt.

i. Gerichtsamt Oelsnitz.

Gerichtsamtmann: Ernst Albert **Liebe.**
Assessor: Carl August **Groh.**

Oelsnitz. Altmannsgrün bei Theuma. Blosenberg. Bobenneukirchen mit Welßenstein, Weidigt rc. Bösenbrunn. Burkhardtsgrün. Culm bei Bösenbrun. Dechengrün. Dobeneck mit Eulenstein. Dröda. Droßdorf. Ebersbach. Ebersberg mit Hitze. Ebmath mit Hetzschenhaus. Eichigt (Ober-). Engelhardtsgrün. Gassenreuth. Görnitz. Gösweln mit Siebenhitz u. Rosenthal. Grüntaune bei Bösenbrunn. Hartmannsgrün. Haselrein (Haselbrunn). Hasenreuth. Heinersgrün mit Wolfsstaude, Marrgrün u. Oeße. Höllensteg. Hundsgrün. Klingerstein bei Bösenbrunn. Lauterbach mit Obertriebelbach, hohe Kreuz, Schaafhäuser u. Süßebach. Lottengrün. Lottenreuth. Magwitz. Oberhermsgrün. Obermarrgrün. Obertriebel mit Höllkruken, Wasserloh u. Neubrambach. Oberwürschnitz. Ottengrün. Papstleithen. Planschwitz mit Hammergrün u. Stein. Posseck mit Grünpöhl. Raasdorf. Rammelsreuth mit Kurleithen. Raschau. Sachsgrün. Schlodit mit Oberschlobitz. Schönbrunn. Taltitz. Tiefenbrunn mit Gräben im Thal. Tirpersdorf mit Bettelmühle. Tirschendorf mit Kleingörnitz. Troschenreuth mit Klippe. Untereichigt. Unterhermsgrün. Untermarrgrün. Untertriebel mit Hutherleithen. Untertriebelbach bei Bösenbrunn. Unterwürschnitz. Voigtsberg mit Steinmühlenhäusern. Wieden (Ober-, Unter-). mit Birkigt u. Kugelreuth. Wiedersberg mit Haag- und Keilmühle, dem Kümmelhause u. Chausseehause an der Ullitz. Willitzgrün. Zaulsdorf. Zeddelsgrün (Zettlarsgrün). Hierüber: das Voigtsberger Forstrevier.

VII. Appellationsgericht Budissin.

Präsident: Friedrich Theodor **von Criegern**, Ritter des Königl. Sächs. Verdienstordens.
Vicepräsident: Dr. Friedrich Carl Gustav **Stieber**, Hof- und Justizrath, Ritter desselben Ordens.
Appellationsräthe:
Friedrich Wilhelm **Klengel**, Ober-amts-Reg.-Rath.
Dr. Herrmann August **Sintenis**,
Carl Friedrich **Domsch**,
George **Siegmann** (beim Oberappellationsgerichte als Hilfsarbeiter).

1. Bezirksgericht Zittau,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Zittau.

Director: Dr. Herrmann **Römisch**, Justizrath.
Gerichtsräthe:
Carl Friedrich **von Hartmann**,
Carl Gottlob **Friedrich**,
Samuel Gustav Wilhelm **Teller**,
Julius Traugott Moritz **Starke**,
Ernst Ferdinand Gotthold **Zscheile**.
Staatsanwalt: Carl **Rätz**.

a. Gerichtsamt Zittau.

Gerichtsamtmann: Friedrich August **Auster**.
Assessor: Ernst Ludwig **Hirt**.

Althörnitz. Bertsdorf. Dittelsdorf. Drausendorf. Eckartsberg mit Hasenberg. Eichgraben. Großporitzsch. Hain. Hainewalde mit Buttervorwerk, Charlottenruh und Augustusthal. Harthau. Hirschfelde mit Lehdenhäusern. Johnsdorf (Alt- u. Neu-). Kleinschönau mit Kleinporitzsch u. Luptin. Lückendorf. Mittelherbigsdorf mit Scheibe. Mitteloderwitz mit Kreischenhof und Dreihäusern. Neuhörnitz. Niederoderwitz. Oberherbigsdorf bei Zittau. Oberseifersdorf. Oberullersdorf. Olbersdorf. Oybin. Pethau. Radgendorf. Rohnau. Rosenthal. Scharre. Spitzeunnersdorf mit Wiesenthal u. Neueunnersdorf. Wittgendorf.

b. Gerichtsamt Ostritz.

Gerichtsamtmann: Franz Xaver Heinrich **Riedel**.

Ostritz. Altstadt. Blumberg. Burkersdorf. Grunau. Joachimstein. Klosterfreiheit mit Haseldorf. Königshain. Marienthal Kloster. Niederleuba. Oberleuba. Reutnitz (Mittel- u. Nieder-). mit Rieda. Rußdorf. Schlegel. Schönfeld. Seitendorf. Trattlau. Wanscha.

d. Gerichtsamt Reichenau.

Gerichtsamtmann: Carl Moritz **von Logau**.

Reichenau. Dornhennersdorf (Ober- u. Neu-). Friedersdorf bei Reibersdorf. Friedreich. Gießmannsdorf. Lichtenberg. Markersdorf. Marbdorf. Mittelweigsdorf. Neugersdorf bei Weigsdorf. Oberweigsdorf. Oppelsdorf. Reibersdorf. Sommerau. Türchau. Wald. Zittel.

d. Gerichtsamt Großschönau.

Gerichtsamtmann: Carl Herrmann Ferdinand **Lochmann**.

Großschönau. Altwaltersdorf. Herrenwalde. Josephsdorf. Mittelleutersdorf mit neuer Sorge. Neuleutersdorf. Neuschönau. Neuwalde. Neuwaltersdorf. Niederleutersdorf. Oberleutersdorf mit Hetzwalde. Saalendorf. Seifhennersdorf mit Hartha, Leutherau, Halbedorf und Feldhäuser.

2. Bezirksgericht **Löbau**,

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Löbau.

Director: Dr. Julius Wilhelm **Winzer**, Justizrath.

Gerichtsräthe:

Carl Traugott **Schmidtgen**, Gustav Adolph **Peschek**,
Walther **Petsch**, Carl Louis **Wehinger**.

Staatsanwalt: Carl Selmar **Rumpelt**.

a. Gerichtsamt **Löbau**.

Gerichtsamtmann: Carl Emil **Fellmer**.

Alt- u. Neuennnewitz. Altlöbau. Belbitz. Bischdorf (Ober- u. Nieder-). Breitendorf. Carlsbrunn. Dolgowitz. Ebersdorf mit Liebedörfel. Eiserode a. d. Eigen. Georgewitz. Glossen. Goßwitz. Großdehsa. Großschweidnitz. Herbigsdorf bei Löbau (Ober-, Obermittel-, Nieder- u. Niedermittel-). Hochkirch. Kittlitz mit Neukittlitz. Kleindehsa mit Wuischke. Kleinradmeritz mit Fritzkau u. Ziegelscheune. Kleinschweidnitz. Körbigsdorf. Kötzschau. Kohlwesa. Kottmarsdorf. Kuppritz. Lauba (Alt-). Laucha. Lautitz. Lehn mit Zauernick. Mauschwitz. Mittelsoland a. R. Rechen. Neudorf bei Lauba. Neulauba. Niedercunnersdorf mit Neuennnersdorf. Niederlawalde. Niederottenhain. Niedersohland a. R. Niethen. Obercunnersdorf. Oberlawalde mit Sand. Oberottenhain mit Sonneberg. Obersohland a. R. Oehlisch. Oelsa. Oppeln mit Kalkreuth. Peschen. Plotzen. Rodewitz bei Hochkirch. Rosenhain (Ober-, Mittel- u. Nieder-). Sernßig. Streitfeld. Unwürde. Wendischcunnersdorf. Wendischpaulsdorf. Wohla. Zoblitz. Zschorna mit Kleinzschorna.

b. Gerichtsamt **Weißenberg**.

Gerichtsamtmann: Georg Otto Emil **Käuffer**.

Weißenberg. Baruth. Belgern. Briesnitz. Buchwalde. Cannewitz bei Gröditz. Cortnitz. Drehsa. Dubrauke. Gröditz. Grube. Kleinsaubernitz. Kotitz (Ober-, Nieder-, Neu-). Krappe. Lauske. Maltitz mit Wasserkretscham u. Kleintettau. Rechern mit Zips- Kretscham. Rostitz. Rackel. Särka. Spittel. Trauschwitz. Wartha. Weicha. Wuischke bei Gröditz. Wurschen.

c. Gerichtsamt **Bernstadt**.

Gerichtsamtmann: Wilhelm Emil **Thomas**.

Bernstadt. Altbernsdorf an d. Eigen. Bergdorf a. d. Eigen. Cunnersdorf a. d. Eigen. Dittersbach a. d. Eigen. Kemnitz. Kiesdorf (Ober- u. Neu-) a. d. Eigen. Neundorf a. d. Eigen. Schönau a. d. Eigen (Ober- Nieder- u. Feld-).

d. Gerichtsamt **Herrnhut**.

Gerichtsamtmann: Carl Moritz **Kölbing**.

Herrnhut. Berthelsdorf mit Neuberthelsdorf. Großhennersdorf mit Euldorf, Heuscheune, Schönbrunn und Buttermilchvorwerk. Niedercunnersdorf mit Fichteischenke u. Feldhäusern. Niederruppersdorf mit kaltem Vorwerk und Schwanenhäusern. Niederstrahwalde mit Friedensthal. Oberoderwitz mit rothem Gut. Oberrennersdorf. Oberruppersdorf mit neuen Häusern und Ninive. Oberstrahwalde mit alt u. neu Zuckmantel.

e. Gerichtsamt **Ebersbach**.

Gerichtsamtmann: Franz Hugo **Seifert**.

Ebersbach (Alt- u. Neu-) mit Alt- u. Neuspreedorf, Hain u. Hempel rc. Alteibau mit Mundgut. Altgersdorf. Neueibau. Neugersdorf bei Rumburg. Walddorf mit Kottmarhäusern.

f. Gerichtsamt Neusalza.

Gerichtsamtmann: **Pechmann.**

Neusalza. Beiersdorf mit Schmiedenthal. Dürrhennersdorf. Halbau. Köblitz. Lindenberg. Mittelcunewalde mit den Klipphäusern. Neudörfel bei Cunewalde. Neudorf bei Schönbach. Neuoppach. Neuschönberg. Niedercunewalde. Niederfriedersdorf mit Mittel- u. Neufriedersdorf. Niederoppach. Obercunewalde. Oberfriedersdorf. Oberoppach. Picka. Schönbach. Schönberg. Spremberg mit Neuspremberg u. Sonnenhäuser. Taubenhain (Ober- u. Nieder-) mit Wassergrund. Weigsdorf. Wurbis.

3. Bezirksgericht **Budissin,**

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Budissin.

Director: Heinrich Bethmann **Klemm.**

Gerichtsräthe:
Dr. Richard **Wahle,**
Carl Gustav **Bach,**
Johann **Seemann,**
Friedrich Ludwig **Blesky,**
Carl Moritz **Lamm.**

Staatsanwalt: Julius Wilhelm **Roßtäuscher.**

a. Gerichtsamt Budissin.

Gerichtsamtmann: Eduard **Hartenstein.**
Assessoren: Johann Traugott **Walde,** Ottomar August **Schluckwerder.**

Arnsdorf mit Neuarnsdorf. Auritz. Basankwitz. Baschütz. Belschwitz. (Ebendörfel). Binnewitz. Bloaschütz. Blösa. Boblitz mit Neuboblitz. Bolbritz. Bornitz mit Neubornitz. Brehmen. Breising. Brösa. Bröfang. Brohna. Bürkau. Burk. Camina bei Radibor. Canitz-Cristina. Coblenz. Cölln mit Galgenschenke. Commerau bei Kauppa. Coßern. Dahlowitz. Dahren. Daranitz. Denkwitz. Diehmen mit Neudiehmen. Doberschau. Doberschütz bei Niedergurig. Dobranitz. Döberkütz. Döbschke. Döhlen. Drauschkowitz. Dreikretscham. Dretschen. Gaußig (Groß-). Geißlitz. Gleina. Gnaschwitz. Göbeln. Göda mit Buscheritz. Golenz. Großdöbschütz. Großdubrau. Großkunitz. Großseitschen. Großwelka. Grubditz. Grubschütz. Günthersdorf. Guttau mit Neudörfel u. Fleißig. Halbendorf a. d. Spree. Jäschütz. Jannowitz. Jenkwitz mit Kleinjenkwitz. Jeßnitz im Gebirge. Jetscheba. Katschwitz mit Neukatschwitz, Kauppa. Kleinbautzen. Kleinboblitz. Kleindöbschütz. Kleindubrau. Kleinförstchen. Kleingaußig. Kleinpraga. Kleinseidau. Kleinseitschen mit Puschermühle. Kleinwelka. Kleinwelka, Colonie. Klix. Kreckwitz. Kronförstchen. Kubschütz. Kumschütz. Lehn bei Großpostwitz. Leichnam mit Kleinleichnam u. Baroche (Baruthsche). Litten. Lömschau. Löschau. Lubachau. Lübon. Luttowitz. Malschwitz (Ober- u. Nieder-). Maiſitz mit Neumalſitz. Mehltheuer. Merka. Meschwitz. Mönnichswalde. Muschelwitz (Meuselwitz). Nadelwitz. Naundorf. Nedaschütz. Neubloaschütz. Neudorf a. d. Spree. Niedergurig mit Lubas, Niederkaina mit Königsmühle. Niederuhna. Nimschütz. Oberförstchen. Obergurig. Oberkaina. Oberuhna. Oehna. Paßditz. Pielitz. Pitzschwitz. Pliesowitz. Pommeritz. Preititz. Preske. Preuschwitz. Prischwitz. Purschwitz mit Neupurschwitz. Quatitz. Rabitz. Rachlau (Alberts-Rachlau). Radibor mit Grünbusch u. schwarzem Adler. Rascha. Rattwitz. Rieschen. Ruhethal. Särchen. Salga. Salzenforst. Scheckwitz. Schmochtitz. Schlungwitz. Schwarznauslitz. Sdier. Seidau. Semmichau. Siebitz bei Göda. Singwitz. Soculahora (Falkenberg). Sollschwitz. Soritz. Steindörfel. Stiebitz. Storcha. Strehla. Strohschütz. Techritz. Teichnitz mit Neuteichnitz. Temritz. Tscharnitz. Waditz. Wawitz. Weißig bei Bautzen. Weißnauslitz. Wuischke bei Hochkirch. Zieschütz. Zischkowitz. Zockau. Zschilligau.

b. Gerichtsamt **Schirgiswalde.**

Gerichtsamtmann: Felix Bernhard Lucian **Heink.**

Schirgiswalde. Bederwitz. Berge. Callenberg mit Neucallenberg. Carlsberg. Carlsruhe. Cosul im Gebirge. Crostau (Ober- u. Nieder-). Ellersdorf. Eulowitz (Nieder-, Ober- u. Neu-). Hainitz. Halbendorf im Gebirge. Irgersdorf. Kleinkunitz. Kleinpostwitz. Kirschau. Mittelsohland a. d. Spree mit Aeußerst-Sohland u. Pfarrlehn Wiedemuth. Neuschirgiswalde. Niedersohland a. d. Spree mit Neu-Sorge. Obersohland a. d. Spree mit Oberhof u. Neudörfchen. Petersbach bei Schirgiswalde. Postwitz (Groß-). Rodewitz. Scheidenbach (Alt-). Sonnenberg. Sora. Steinigtwolmsdorf. Suppo. Tautewalde. Wehrsdorf. Weifa. Wendischsohland mit Neuscheidenbach. Wilthen.

c. Gerichtsamt **Königswarthe.**

Gerichtsamtmann: Franz Hugo **Seifert.**

Königswartha mit Entenschenke. Bocka bei Luppe. Caminau bei Königswartha. Caßlau. Commerau bei Königswartha. Cresta. Doberschütz bei Neschwitz. Droben. Eutrich. Großbrösern. Guhra mit Neuguhra. Holscha. Holsch-Dubrau. Jeßnitz mit Neujeßnitz. Johnsdorf. Kleinbrösern. Krinitz. Lauske mit Neulauske. Lipplitzsch. Lißahora. Loga. Lomske bei Milkel. Lomske bei Neschwitz. Luga mit Posthorn. Luppa. Luppisch-Dubrau. Milkel. Milkwitz. Neschwitz. Neudorf bei Königswartha. Neudorf bei Neschwitz. Neupuschwitz. Niesendorf. Oppitz mit Neuoppitz. Paunewitz bei Weidlitz. Puschwitz. Quoos. Sahritzsch. Teicha. Truppen. Uebigau. Weidlitz. Weßel, Wetro. Zescha.

d. Gerichtsamt **Bischoffswerda.**

Gerichtsamtmann: Hermann Ehrenvest **Otto.**
Assessor: Esaias Louis **Richter.**

Bischoffswerda. Belmesdorf. Birkenrode. Burkau (Ober-, Mittel- u. Nieder-) mit Carlsdorf. Cannewitz. Demitz. Frankenthal. Geißmannsdorf. Goldbach. Großhänchen. Harthau (Groß- u. Klein-). Kleinburkau. Kynitzsch (Kessel-). Leitwitz (Leutewitz). Medewitz. Neuschmölln. Niederneukirch mit Freihufe. Niederputzkau. Oberneukirch mit neuen Häusern u. Gickelshäusern (Oberlaus. u. Meißn. Theils). Oberputzkau mit Neuputzkau u. Vogelhäusern (Oberlaus. u. Meißn. Theils). Panuewitz am Taucher. Pickau (mit wüster Mark Taubitz). Pohla. Pottschapplitz mit Neupottschaplitz. Rammenau mit Galgenhäusern. Ringenhain (Oberlaus. u. Meißn. Theils). Röderbrunn. Rothnauslitz mit Carlsdorf u. Vogelgesang. Schaudorf. Schmölln. (Ober- u. Nieder-). Schönbrunn (Oberlaus. u. Meißn. Theils). Spittwitz mit Neuspittwitz, Seala u. Schwarzwasser. Stacha. Taschendorf. Thumitz. Tröbigau mit Vorwerk. Uhyst am Taucher. Weickersdoaf. Wölkau.

4. Bezirksgericht **Kamenz,**

zugleich Gerichtsamt für den Gemeindebezirk der Stadt Kamenz.

Director: Friedrich Theophil **Hensel.**
Gerichtsräthe:
Paul Gustav Adolph **Du Chesne,** August **von Larisch,**
Carl Eduard **Naumann,** Traugott Wilibald **Pomsel.**
Staatsanwalt: Curt Otto **Wächter.**

a. Gerichtsamt **Kamenz.**

Gerichtsamtmann: Friedrich Wilhelm **Oertel.**

Alte Ziegelscheune. Auschkowitz. Bernbruch. Biehla. Bischheim. Bocka bei Uhyst. Boderitz. Brauna. Bulleritz. Cannewitz bei Marienstern. Caseritz. Crostwitz. Cunnersdorf. Cunnewitz. Deutschbaselitz. Döbra.

Döbrig. Dürrwicknitz. Elstra. Gelenau. Glaubnitz mit Buchholzmühle. Göblau. Grenze. Großgrabe (mit Wiednitzer Forst). Grünberg. Häßlich. Hausdorf. Hennersdorf. Höflein mit Marienborn. Horka. Jauer. Jesau. Jiedlitz. Kaschwitz. Kindisch. Kleinhähnchen. Kriepitz. Kuckau. Laske. Lehndorf. Liebenau. Lieske. Lückersdorf. Marienstern Kloster. Milstrich. Miltitz. Möhrsdorf. Nauslitz. Nebelschütz. Neradit. Neudörfel bei Räckelwitz. Neuhof. Neuschmerlitz. Neustädtel. Niedergersdorf. Nucknitz mit Kopschien u. Brautitz. Obergersdorf. Ossel. Oßling. Ostro. Panschwitz. Petershain. Piskowitz. Prietitz. Ralbitz. Räckelwitz mit Drei- u. Teichhäusern. Rauschwitz. Rehnsdorf. Rohrbach. Rosenthal. Säuritz. Schiedel. Schmeckwitz. Schmerlitz. Schönau. Schönbach. Schweinerden. Schwoosdorf. Siebitz bei Marienstern. Skaske. Sommerluga. Spittel. Straßgräbchen mit Waldhof. Talpenberg. Trabow (Trado). Tschaschwitz. Tschornau. Welka. Wendischbaßlitz. Weißig bei Kamenz. Wiesa. Wohla Rittergut. Zerna.

b. Gerichtsamt Königsbrück.

Gerichtsamtmann: Otto Ernst **Hartung.**

Königsbrück. Bohra. Cosel. Glauschnitz. Gottschdorf. Gräfenhain (Ober- u. Nieder-). Grüngräbchen. Höckendorf. Koitsch. Krackau (Oberlauf. u. Meißn.). Laußnitz. Lüttichau. Neukirch. Otterschütz. Quoosdorf. Reichenau (Oberlauf. u. Meißn.). Reichenbach (Oberlauf. u. Meißn.). Röhrsdorf. Rohna. Schmorkau (Oberlauf. u. Meißn.). Schwepnitz. Sella. Steinborn. Stenz. Weißbach bei Königsbrück. Zeisholz mit Neitschmühle. Zietzsch. Zochau. Hierüber: Laußnitzer, Okrillaer und Würschnitzer Forstrevier.

c. Gerichtsamt Pulsnitz.

Gerichtsamtmann: Friedrich Oscar **Litzkendorf.**

Pulsnitz (Oberlauf. u. Meißn.). Böhmisch Vollung. Bröttnig mit Kleinbrettnig. Friedersdorf (Böhmisch). Friedersdorf (Meißnisch). Großnaundorf. Großröhrsdorf. Hauswalde. Kleindittmannsdorf. Lichtenberg. Meißnisch Vollung (Dorf Pulsnitz). Mittelbach. Niederlichtenau (Oberlauf. u. Meißn.) Niedersteina. Oberlichtenau (Oberlauf. u. Meißn.) Obersteina. Ohorn (Oberlauf. u. Meißn.). Thiemendorf. Weisbach bei Pulsnitz.

V.

Die Rechtsmittel des Angeklagten gegen Enderkenntnisse des Bezirksgerichts und Bescheide der Gerichtsämter.

Vom Herrn Oberappellationsrath **von Reitzenstein** in Dresden.

In der kurzen Zeit, während welcher die neue Strafprozeßordnung im Königreiche Sachsen gesetzliche Anwendung findet, haben sich schon sowohl bei den Gerichtsämtern als auch bei den Bezirksgerichten, ingleichen bei dem Oberappellationsgerichte mehrfache Schwierigkeiten und Zweifel rücksichtlich mehrerer in derselben enthaltenen Vorschriften herausgestellt. Zur Beseitigung dieser Schwierigkeiten und zur Lösung dieser Zweifel möchte es nicht unangemessen sein, wenn Practiker ihre gemachten Erfahrungen und ihre hierbei gefaßten Ansichten veröffentlichten. Hierdurch könnte nicht nur eine Gleichförmigkeit in der Praxis nach und nach erzielt, sondern es könnte auch ein nicht unwichtiges Material für den Fall erlangt werden, wenn einzelne Bestimmungen in der Strafprozeßordnung sich bei der Anwendung als unpractisch herausstellen und deshalb die Nothwendigkeit, oder mindestens Räthlichkeit, sich ergeben sollte, im gesetzlichen Wege Aenderungen zu treffen. Bei Beurtheilung eines Gesetzes hat man sich nicht allein auf den theoretisch wissenschaftlichen Standpunct zu stellen, sondern der wahre Prüfstein ist die Erfahrung; das Gesetz bewähre sich in der Praxis, oder leide an diesen oder jenen Mängeln. Namentlich möchte bei Prozeßgesetzen, die mehr die Form bei Anwendung des Gesetzes, als das Materielle des Rechts betreffen, den Practikern mindestens nach dem Erscheinen eines derartigen Gesetzes, in Folge eigener, bei Anwendung desselben gemachter

Erfahrungen ein Urtheil über die Zweckmäßigkeit des ganzen Gesetzes oder einzelner Theile desselben nicht versagt werden können. Dieses Urtheil möchte insbesondere dem Practiker in Bezug auf die Königlich Sächsische Strafprozeßordnung zustehen, in der, mindestens wie sie publicirt worden, nicht ein Princip consequent durchgeführt worden ist, sondern die mehr die Entscheidung einzelner Fälle, die Vorschriften bestimmter Formen, sowie die mit großem Fleiße bewirkte Zusammenstellung solcher Bestimmungen enthält, die schon in andern Ländern in den betreffenden Prozeßordnungen aufgenommen worden waren.

Von vorstehenden Ansichten ausgehend, glaubt der Verfasser nicht voreilig zu handeln, wenn er schon jetzt in einer Beziehung seine als Mitglied des Oberappellationsgerichts gemachten Erfahrungen und hierbei gefaßten Ansichten öffentlich ausspricht.

Am häufigsten kommt es der Natur der Sache nach in zweiter Instanz vor, über den Umfang und die Tragweite der von dem Angeschuldigten gegen die Entscheidungen der ersten Instanz eingewendeten Rechtsmittel zu cognosciren. Oft ist es schwierig zu erkennen, welches Rechtsmittel eigentlich der Angeschuldigte oder dessen Vertheidiger eingewendet hat, ob Berufung, Einspruch oder Nichtigkeitsbeschwerde, oder auch diese Rechtsmittel vereint. Diese Schwierigkeit wird namentlich durch die in **Art. 348.** und **379.** der Strafprozeßordnung enthaltenen Bestimmungen, wie später gezeigt werden wird, erhöhet. Zur Beseitigung dieser Schwierigkeit und zur Lösung dieser Zweifel möchte es zunächst zweckmäßig sein, zu erörtern, welche Befugnisse und Verpflichtungen dem Oberappellationsgerichte bei eingewendeten Berufungen gegen die Erkenntnisse der Bezirksgerichte obliegen. Es wird sich dann ergeben, welchen Umfang und welche Tragweite das Rechtsmittel der Berufung nach der Strafprozeßordnung hat.

In dem Entwurfe der Strafprozeßordnung, den die Staatsregierung den gewählten Deputationen der beiden Kammern zur Begutachtung vorgelegt hat, war dem Angeschuldigten eine Berufung gegen das Verweisungserkenntniß gestattet, nicht aber gegen das nach erfolgter öffentlicher Verhandlung von dem Bezirksgerichte gesprochene Enderkenntniß. Dieses letztere Erkenntniß sollte von dem Angeschuldigten nur mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden können.

Den zur Rechtfertigung des Entwurfes in dieser Beziehung ausführlich entwickelten Gründen traten jedoch die gewählten Deputationen beider Kammern nicht bei, sondern sie gingen von der Ansicht aus, daß dem Angeschuldigten eine Berufung gegen das Endurkenntniß, nicht aber gegen das Verweisungserkenntniß gestattet werden möge. Die Gründe für diese entgegengesetzte Ansicht sind in dem Deputationsberichte der ersten Kammer, Landtagsmittheilungen der zweiten Kammer unter no. VIII. enthalten. Ungeachtet dieser tief in das Wesen des ganzen Gesetzentwurfes eingreifenden Meinungsverschiedenheit setzten die Deputationen ihre Berathungen bis zu Ende fort und überließen es der Staatsregierung, nachträglich in dem Entwurfe diejenigen Artikel zu fassen und aufzunehmen, die sich in Folge der von den Deputationen aufgestellten entgegengesetzten Ansicht nothwendig machen würden. Die Regierung hat diesem Ansinnen auch entsprochen, die in der Strafprozeßordnung unter Art. 338. bis mit 348. enthaltene Fassung gewählt und den sonst noch in vielfachen Beziehungen auf Antrag der Deputationen revidirten Entwurf kurz vor Beginn des außerordentlichen Landtages im Jahre 1854 wiederum vorgelegt. Sind nun die in Art. 338. bis mit 348. in der Strafprozeßordnung enthaltenen Bestimmungen lediglich auf Antrag der Deputationen in solche aufgenommen worden und würde es sich sehr leicht nachweisen lassen, daß die Staatsregierung in dieser Beziehung nur nachgegeben hat, um das Zustandekommen des ganzen Gesetzes zu ermöglichen, so folgt hieraus, daß bei Auslegung des Gesetzes, insoweit Berufungen gegen Endurkenntnisse der Bezirksgerichte in Frage begriffen sind, hauptsächlich die Motiven mit ins Auge gefaßt werden müssen, die die Deputationen bewogen haben, die Einführung des Rechtsmittels der Berufung gegen Endurkenntnisse der Bezirksgerichte zu beantragen.

Aus dem oben schon angezogenen, in den Landtagsmittheilungen der zweiten Kammer enthaltenen Berichte der Deputation der ersten Kammer geht mit voller Bestimmtheit hervor, daß die Absicht dahin gegangen ist, daß, ungeachtet der durch die Strafprozeßordnung eingeführten Mündlichkeit (Unmittelbarkeit) des Strafverfahrens, auf eingewendete Berufung Seiten des Angeschuldigten noch eine zweite Instanz, das Oberappellationsgericht, über die Thatfragen anderweit solle entscheiden können. Auf

Verlangen des Angeschuldigten soll mithin von den Richtern zweiter Instanz nochmals geprüft werden, ob die von den Richtern erster Instanz in Bezug auf die Beweisfrage aufgestellte und gefaßte Ansicht die richtige sei. Ob bei der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Strafverfahrens die Einführung einer zweiten Instanz in Bezug auf die Beweisfrage räthlich und zweckmäßig sei, ist hier nicht zu untersuchen. Macht man aber als einen Hauptvorzug des mündlichen Strafverfahrens in der Regel hauptsächlich mit geltend, daß der erkennende Richter aus eigener Anschauung den Angeschuldigten, sowie die Zeugen, Sachverständigen und sonstigen Beweismittel kennen lerne, die erwähnten Personen selbst anhöre und dadurch weit eher in den Stand gesetzt werde, ein richtiges Urtheil zu fällen, als der Richter, dem nur schriftliche Niederschriften vorliegen; so möchte mindestens so viel feststehen, daß dem Richter zweiter Instanz rücksichtlich des in erster Instanz stattgehabten mündlichen Verfahrens sich mancherlei Bedenken darbieten können. Diese Bedenken und die practische Unmöglichkeit der Wiederholung des frühern mündlichen Verfahrens haben die Deputationen auch wirklich erkannt und sich in dieser Beziehung dahin ausgesprochen.

„Weiter gelangte die Frage in Betracht, in wie weit in der zweiten Instanz eine Reproduction der Beweisaufnahme zulässig sei. Eine vollständige Wiederholung würde, wie bemerkt und keines Beweises bedarf, zu vielfachen Unzuträglichkeiten Anlaß geben. Man glaubte, daß hier die preußische Gesetzgebung, welche auch in anderen Ländern Nachahmung gefunden, besondere Beachtung verdiene, ins Besondere da sie die gebührende Rücksicht auf den eigenthümlichen Charakter einer mündlichen Verhandlung und die aus demselben sich ergebenden Schwierigkeiten für ihre Wiederholung genommen hat. Diese Gesetzgebung geht von dem Grundsatze aus, daß die Thatsachen, welche die Behörde erster Instanz auf Grund der vollständigen, vor ihr stattgefundenen Verhandlung für erwiesen angesehen, auch bei der Entscheidung in zweiter Instanz als erwiesen gelten müssen, wenn nicht

a) entweder von dem Appellanten neue wichtige Umstände behauptet und beigebracht werden, welche eine Aenderung in der Sachlage herbeiführen, oder

b) erhebliche Zweifel gegen die Annahme des ersten Erkenntnisses in Bezug auf den Beweis einzelner Thatsachen (die thatsächliche Feststellung) sich ergeben.

Im ersten Falle kann durch die neuen Thatumstände der angenommene Beweis früher angezeigter Anschuldigungsthatsachen wieder entkräftet oder der nicht angenommene Beweis von Umständen, die dem Angeschuldigten günstig sind, z. B. Nothwehr, nunmehr für geführt angesehen werden.

Im letzteren Falle ist es nothwendig, daß die Zweifel, welche der zweiten Instanz beigehen, erledigt werden, damit sie nicht genöthigt sei, auf eine Grundlage zu erkennen, die sie nicht für zureichend erachtet.

In den übrigen Fällen ist die zweite Instanz an die thatsächliche Feststellung der ersten Instanz gebunden. Sie kann jedoch aus diesen Thatsachen einen anderen Schluß ziehen, als in erster Instanz geschehen; z. B. erklären, daß die Thatsachen zur Ueberführung des Angeklagten oder zur Annahme des ihm beigemessenen verbrecherischen Willens nicht hinreichen. Mit einem Worte: die zweite Instanz ist an den Beweis der Thatsachen, wie er in erster Instanz festgestellt worden, gebunden und muß denselben als Grundlage ihrer Entscheidung anerkennen, sie kann jedoch aus diesen Thatsachen nunmehr einen andern Schluß ziehen, auf dieselben eine andere Beurtheilung der Sache gründen."

Ungeachtet im Ganzen der Deputationsbericht der ersten Kammer mit Deutlichkeit und Klarheit abgefaßt ist, scheint doch auf den ersten Anblick diese Stelle desselben einen Widerspruch mit sich selbst zu enthalten.

Es spricht hier die Deputation im Allgemeinen das Princip aus, daß die zweite Instanz an die thatsächlichen Feststellungen der ersten Instanz gebunden sein soll, daneben aber zugleich unter b., daß die zweite Instanz an diese thatsächliche Feststellung nicht gebunden sein soll, wenn sich erhebliche Zweifel gegen die Annahme des ersten Erkenntnisses in Bezug auf den Beweis einzelner Thatsachen (die thatsächliche Feststellung) ergeben sollten. Dieß scheint keine Ausnahme zu sein, sondern der allgemeinen Regel geradezu zu widersprechen. Sind keine Zweifel

gegen den Beweis einer Thatsache vorhanden, so hat auch die zweite Instanz kein Bedenken dagegen zu erheben. Sind aber Zweifel vorhanden, so ist sie daran nicht gebunden. Ob aber Zweifel vorhanden, kann gar nicht ermessen werden, wenn nicht der Richter zweiter Instanz diejenigen Unterlagen prüft, auf welche in erster Instanz der Beweis einer Thatsache gestützt worden ist. Sind diese Unterlagen schwankend und ungewiß, entsteht mithin Zweifel, ob sie geeignet sind, darauf den Beweis einer Thatsache zu gründen, so ist eben der Richter zweiter Instanz an den Ausspruch des Richters erster Instanz in thatsächlicher Beziehung nicht gebunden. Es liegt dann eine Folgerung des Richters erster Instanz vor, die nach der Ansicht des Richters zweiter Instanz durch die Prämissen nicht gehörig begründet ist.

Aus den allgemeinen, in dem angezogenen Berichte der Deputation der ersten Kammer entwickelten Gründen folgt daher zwar den Worten nach, daß man den Richter zweiter Instanz an die thatsächlichen Feststellungen der ersten Instanz hat binden wollen, daß aber der Sache nach der Richter zweiter Instanz die Unterlagen, worauf in erster Instanz der Beweis einer Thatsache gestützt worden ist, annoch zu prüfen hat, und wenn ihm in Bezug hierauf erhebliche Zweifel beigehen, nicht an den Ausspruch der ersten Instanz in dieser Beziehung gebunden ist.

Dieser an sich in einem sonst klar und deutlich abgefaßten Berichte enthaltene anscheinende Widerspruch läßt sich nur dadurch erklären, daß man annimmt, daß die zweite Instanz, das Oberappellationsgericht, zwar im Allgemeinen an die im ersten Erkenntnisse enthaltenen thatsächlichen Feststellungen habe gebunden sein sollen, und daß es davon ohne Weiteres nicht habe sollen abgehen können, daß aber, wenn ihm erhebliche Zweifel gegen die Annahme des ersten Erkenntnisses in Bezug auf den Beweis einzelner Thatsachen (die thatsächliche Feststellung) beigehen, es befugt sein solle, in Bezug auf diese Thatsachen eine neue Beweisaufnahme vornehmen zu können. Erst nachdem diese erfolgt, soll sodann das Oberappellationsgericht berechtigt sein, entweder auszusprechen, daß die früher vorhandenen Zweifel gegen den in erster Instanz angenommenen Beweis einer Thatsache beseitigt worden, oder daß die Thatsachen nach der neuen Beweisaufnahme für nicht erwiesen anzusehen seien. Für diese Auffassung spricht der ganze Inhalt der oben wörtlich angegebenen Stelle

s Berichtes der ersten Kammer. Erst wird erwähnt, daß eine
eproduction der Beweisaufnahme im Allgemeinen nicht zulässig
scheine, daß aber nach dem Vorbilde der Preußischen Gesetz-
bung in den unter a. und b. erwähnten Fällen eine Ausnahme
attzufinden habe, weil in dem unter a. erwähnten Falle durch
e neuen Thatumstände der angenommene Beweis früher ange-
igter Anschuldigungsthatsachen wieder entkräftet, oder der nicht
igenommene Beweis von Umständen, die dem Angeschuldigten
instig sind, z. B. Nothwehr, nunmehr für geführt angesehen
orden und weil in dem Falle unter b. es nothwendig sei, daß
e Zweifel, welche der zweiten Instanz beigegangen, beseitigt
erden, damit diese nicht genöthigt sei, auf einer Grundlage
 erkennen, die sie nicht für zureichend erachtet. Hieraus erhellt,
iß die Deputation nicht etwa überhaupt und unbedingt die
veite Instanz, das Oberappellationsgericht, an die in erster In-
inz für erwiesen angenommenen thatsächlichen Feststellungen hat
nden wollen, sondern nur so lange, als nicht eine neue Beweis-
ufnahme in zweiter Instanz stattgefunden hat. Ob diese wegen
r von dem Angeschuldigten angegebenen Thatsache oder wegen
nes vorhandenen Zweifels gegen den in erster Instanz ange-
ommenen Beweis einer Thatsache erforderlich ist, darüber soll
is Oberappellationsgericht, in seiner Eigenschaft als oberste
nstanz, entscheiden, nur darf es nicht ohne neue Beweisauf-
ihme, die in erster Instanz entweder als nicht erwiesen, oder
s erwiesen angenommene Thatsachen im ersten Falle, als er-
iesen, im zweiten Falle, als nicht erwiesen, in seinem Erkennt-
sse hinstellen. Hierdurch läßt sich der in dem angezogenen
eputationsberichte der ersten Kammer auf den ersten Anblick
ischeinend vorhandene Widerspruch lösen. Es geht dieß auch
ar hervor aus demjenigen, was in dem gedachten Deputations-
richte später rücksichtlich der Thätigkeit des Oberappellations-
richts ausgeführt worden ist. Mit Gewißheit kann man voraus-
tzen, daß die Deputationen der beiden Kammern, die von gleichen
rundsätzen ausgegangen sind, bei den Verhandlungen mit den
öniglichen Commissarien diese ihre Ansicht auch noch mündlich
isführlicher mitgetheilt haben. Ist dieß der Fall, hat die Staats-
gierung der Ansicht der Kammern nachgegeben, so ist auch anzu-
hmen, daß die Staatsregierung bei der ihr sodann überlassenen
assung desjenigen Theiles der Strafprozeßordnung, der sich auf

die Berufungen gegen die Erkenntnisse der Bezirksgerichte bezieht, den Willen und die Absicht der Kammern hat aussprechen wollen. Geht man von dieser Ansicht aus, so läßt sich auch der zweite Absatz des 347. Artikels der Strafprozeßordnung leicht erklären. Sobald dem Oberappellationsgerichte Zweifel in Bezug auf eine in erster Instanz als rechtlich feststehend angenommene Thatsache beigehen, läßt es anderweite Erörterungen nach Art. 342. Abschn. 3. anstellen und hat dann bei seinen Entscheidungen in Bezug auf die Thatfrage völlig freie Hand. Der zweite Satz in Art. 347.: „Dagegen kann das Oberappellationsgericht aus den thatsächlichen Feststellungen in dem erstgerichtlichen Erkenntnisse andere Schlußfolgerungen, als in demselben geschehen, ziehen, insbesondere in Bezug auf die Untersuchung und die Richtung des strafbaren Willens," giebt zu sehr erheblichen Zweifeln Veranlassung, was unter dem Worte „thatsächliche Feststellungen" eigentlich zu verstehen sei. Das Wort „insbesondere", welches überhaupt in der Strafprozeßordnung vielfach vorkommt, kann wohl nichts anderes bedeuten, als: zum Beispiel, namentlich, hauptsächlich. Der vorhergehende Satz bildet mithin die allgemeine Regel und der nachfolgende das Beispiel. Ist demnach im Allgemeinen gesagt, die zweite Instanz ist an die Schlußfolgerung der ersten Instanz nicht gebunden, so möchte sich hieraus ergeben, daß der Richter zweiter Instanz bis zur anderweiten Beweisaufnahme wohl an dasjenige gebunden ist, was durch die einzelnen Beweismittel für sich allein betrachtet und unmittelbar als erwiesen angenommen worden ist, nicht aber auch an dasjenige, was mittelbar erst daraus in Bezug auf eine andere Thatsache gefolgert worden ist.

Kommt es z. B. darauf an: ob der Angeschuldigte zur Zeit der Begehung des Verbrechens im Besitze von Waffen gewesen sei, und ist diese Thatsache um deswillen als erwiesen angenommen worden, weil zwei Zeugen wahrgenommen haben, daß der Angeschuldigte vor der That Waffen gekauft und später, vielleicht mehrere Wochen nach der That, sich im Besitze von Waffen befunden habe, so liegt hierin weiter etwas nicht, als eine Folgerung, daß der Dieb auch zur Zeit des Verbrechens Waffen besessen habe. Hier muß der Richter zweiter Instanz die von dem Zeugen direct bestätigte Thatsache, auch wenn er Zweifel gegen deren Glaubwürdigkeit hat, als erwiesen annehmen; ist aber formell

: die aus diesen Zeugenaussagen gezogene Folgerung nicht
bunden. Haben dagegen zwei Zeugen bestätigt, daß sie den
ıgeschuldigten zur Zeit der That gesehen, und wahrgenommen
tten, daß er sich in dem Besitze von Waffen befunden habe, und
t hiernach die erste Instanz diesen Umstand als erwiesen ange-
mmen, so ist vorerst und bis zur Anstellung anderweiter Er-
terungen das Oberappellationsgericht an diesen Ausspruch ge-
uden, auch wenn es diese Zeugen für durchaus unglaubhaft
lten sollte.

Der Sinn des dritten Abschnittes des 347. Artikels möchte
her wohl so ausgedrückt werden können, daß das Oberappella-
nsgericht an den Ausspruch des Bezirksgerichts gebunden sein
le, wenn in Bezug auf ein Indicium ein directer, unmittelbarer
weis angenommen worden ist, nicht aber, wenn das Indicium
r auf einem indirecten, künstlichen, erst auf Folgerungen ge-
ündeten Beweise beruhet. Letzterer Fall wird durch die im dritten
schnitte des 347. Artikels aufgestellte allgemeine Regel getroffen,
ß der Richter zweiter Instanz andere Schlußfolgerungen aus
n thatsächlichen Feststellungen ziehen könne, als in erster In-
nz geschehen. Unter den Worten „thatsächliche Feststellungen"
ichte daher weiter etwas nicht zu verstehen sein, als der in
ter Instanz angenommene directe Beweis einer Thatsache, nicht
er der künstliche Beweis derselben. Für diese Auslegung
ichte auch der Umstand sprechen, daß Beschränkungen des über
Beweisfragen in zweiter Instanz erkennenden Richters, der
ht durch die Form gebunden sein, sondern seiner innern rich-
lichen Ueberzeugung folgen soll, wohl ganz stricte auszulegen
n möchten. Von welcher Wichtigkeit diese, allerdings mehr-
ig bezweifelte Auslegung des dritten Abschnittes des 347. Ar-
ls ist und wie namentlich Sachwalter besonders hierauf bei
fassung der Vertheidigungen ihr Augenmerk zu richten haben
rden, leuchtet von selbst ein. In den seltensten Fällen, wo
gen der Beweisfrage Berufung eingewendet wird, wird durch-
ıgig ein directer Beweis vorliegen, sondern in der Regel wer-
ı in den Entscheidungsgründen erster Instanz künstliche Fol-
ungen wenigstens theilweise mit enthalten sein, so daß auch
ıe Anstellung anderweiter Erörterungen das Oberappellations-
icht diesen Folgerungen, in sofern es dieselben für un-
ründet hält, für solche erklären und demgemäß das in

erster Instanz gesprochene Erkenntniß ohne Weiteres abändern kann.

Dieser Auslegung des zweiten und dritten Satzes des 347. Artikels möchten auch die übrigen auf die Berufungen gegen Enderkenntnisse der Bezirksgerichte in der Strafprozeßordnung enthaltenen Artikel nicht entgegenstehen.

Nach Art. 338. steht dem Angeklagten unbeschränkt die Berufung gegen das Erkenntniß des Bezirksgerichts zu, wenn er in demselben verurtheilt oder aus Mangel an vollständigem Beweise freigesprochen worden ist, und er behauptet, daß die erbrachten Beweise zur Rechtfertigung des Erkenntnisses nicht ausreichend seien, oder wenn er die erkannte Strafe für zu hart hält, oder wenn er angiebt, daß ein ausreichender Grund zu seiner Verurtheilung in die Kosten nicht vorliege.

Zur formellen Rechtfertigung der Berufung ist die Bezugnahme auf neue Thatsachen oder Beweismittel nicht erforderlich. Es ist jedoch der Angeklagte zur materiellen Begründung seiner Berufung nicht nur berechtigt, Gründe anzugeben, weshalb er das Erkenntniß erster Instanz angreift, sondern er kann auch nach Art. 340. neue Thatsachen vorbringen, deren Erhebung sowie die Abhörung von Zeugen beantragen, gleichviel ob solche schon vorher von ihm angegeben und abgehört worden sind, oder nicht. Dasselbe soll gelten von der Benutzung anderer Beweismittel und anderer Untersuchungshandlungen. Das Oberappellationsgericht, das über die eingewendete Berufung zu entscheiden hat, soll nach Art. 342. berechtigt sein „wenn sich insbesondere in Folge angezeigter neuer Thatsachen oder Beweismittel erhebliche Zweifel gegen die thatsächliche Feststellung des Erkenntnisses erster Instanz ergeben," eine neue Beweisaufnahme vorzunehmen. Bei diesem Beschlusse ist es nach Inhalt des zweiten Satzes in Art 342. an die Anträge des Angeklagten nicht gebunden, und kann sonach über die Nothwendigkeit einer neuen Beweisaufnahme selbstständig urtheilen. In dem vorstehend wörtlich angegebenen Inhalte des ersten Satzes des 342. Artikels ist zunächst der allgemeine Satz enthalten, daß das Oberappellationsgericht, wenn ihm erhebliche Zweifel gegen die thatsächlichen Feststellungen des ersten Erkenntnisses beigehen, eine neue Beweisaufnahme anordnen könne, und sodann ist auf Fälle

hingedeutet, wo insbesondere eine solche neue Beweisaufnahme werde nöthig werden.

Eine Beschränkung, daß nur in Fällen, wo neue Thatsachen oder Beweismittel angezeigt werden, eine neue Beweisaufnahme vorgenommen werden dürfe, ist im ersten Satze des 342. Artikels nicht enthalten. Namentlich giebt der zweite Satz des Artikels 342. klar an die Hand, daß das Oberappellationsgericht keineswegs hat in seiner Entschließung rücksichtlich einer neuen Beweisaufnahme beschränkt werden sollen, indem es hierbei nicht einmal an die Anträge des Angeklagten gebunden ist, mithin Erörterungen anstellen lassen kann, die der Angeklagte gar nicht beantragt hat. Im dritten Satze des Artikels 342. ist vorgeschrieben, wie das Oberappellationsgericht verfahren soll, wenn solche Zweifel sich ergeben. Unter den Worten „solche Zweifel" kann weiter etwas nicht verstanden werden, als diejenigen Zweifel, die im ersten Satze dieses Artikels erwähnt sind, das heißt, erhebliche Zweifel gegen die thatsächlichen Feststellungen des ersten Erkenntnisses.

Auch hier im dritten Satze ist wiederum das Wort „insbesondere" gewählt, da wo von der Erhebung der neuen Beweismittel und Erörterung der neuen Thatsachen die Rede ist. Dagegen ist im Allgemeinen in Bezug auf alle Untersuchungshandlungen ausgesprochen, daß das Oberappellationsgericht auf die daselbst angegebene Art und Weise solche vornehmen könne.

Faßt man das vorstehend Angeführte zusammen, so ergiebt sich in Bezug auf die Stellung und die Befugnisse des Oberappellationsgerichts bei Berufungen gegen die Erkenntnisse der Bezirksgerichte, was die Schuldfrage anlangt, Folgendes:

Da das Oberappellationsgericht bei eingewendeten Berufungen an die Anträge des Angeschuldigten nicht gebunden ist, so liegt ihm die Verpflichtung ob, das gesammte ihm zunächst zu Gebote stehende Untersuchungsmaterial einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen und darüber Entschließung zu fassen, ob die in dem Erkenntnisse der ersten Instanz enthaltenen thatsächlichen Feststellungen auch wirklich für erwiesen anzusehen, oder ob dagegen erhebliche Zweifel vorhanden seien. Ist letzteres der Fall und hält mithin das Oberappellationsgericht die thatsächlichen Prämissen des Erkenntnisses der ersten Instanz, worauf die Schlußfolgerung im Erkenntnisse gebaut ist, für zweifelhaft; so steht ihm

das Befugniß zu, eine neue Beweisaufnahme anzuordnen und die deshalb nöthigen, im dritten Satze des Artikels 342. enthaltenen Schritte zu thun.

Im Falle, daß neue Beweismittel oder Thatsachen von dem Angeklagten angegeben worden sind, hat das Oberappellationsgericht zu prüfen, ob solche von Einfluß auf den in erster Instanz angenommenen Beweis sein können und für den Bejahungsfall den gleichen Weg einzuschlagen.

In nachstehenden Sätzen kann das vorstehend Angeführte zusammengefaßt werden.

1.

Findet das Oberappellationsgericht nach dem ihm vorliegenden Actenmaterial die thatsächlichen Unterlagen des Erkenntnisses des Bezirksgericht zweifellos und die daraus gezogenen Folgerungen richtig; so hat es dasselbe rücksichtlich der Beweisfrage zu bestätigen.

2.

Dasselbe kann in dem angegebenen Falle dann eintreten, wenn das Oberappellationsgericht sofort übersehen kann, daß die von dem Angeschuldigten angegebenen neuen Thatsachen oder Beweismittel ohne Einfluß auf Entscheidung der Beweisfrage sind.

3.

Kann das Oberappellationsgericht den aus den thatsächlichen Unterlagen in dem Erkenntnisse des Bezirksgerichts gezogenen Folgerungen nicht beitreten, so kann es dieses Erkenntniß sofort abändern.

4.

Hält das Oberappellationsgericht zwar die in dem Erkenntnisse des Bezirksgerichts gezogenen Folgerungen an sich für richtig, die thatsächlichen Unterlagen aber für zweifelhaft, so hat es die im Art. 342. angegebenen Wege einzuschlagen.

5.

Dasselbe ist der Fall, wenn die von dem Angeschuldigten angegebenen neuen Thatsachen oder Beweismittel auf Entscheidung der Beweisfrage von Einfluß sein können.

vergl. den Deputationsbericht der ersten Kammer unter XLVII.

Haben die in Art. 342. angegebenen Erörterungen in den unter 4. und 5. gedachten Fällen stattgefunden, so kann das

Oberappellationsgericht, nachdem zuvor dem Angeschuldigten frei-
estellt worden ist, binnen einer ihm zu setzenden Frist mit einer
hriftlichen Vorstellung einzukommen, entweder a) sofort über die
Berufung erkennen, oder b) einen Verhandlungstermin nach den
n Art. 343. bis mit Art 346. enthaltenen Vorschriften ansetzen.
Die allgemeine Fassung des zweiten Satzes im dritten Abschnitte
es 342. Artikels gestattet die Annahme, daß, wenn das
Oberappellationsgericht reformatorisch hinsichtlich der Beweisfrage
nit Zugrundelegung des neuen thatsächlichen Ergebnisses zu
rkennen gemeint ist, ein derartiges Erkenntniß auch ohne
euen Termin gefällt werden kann.

Die Fassung des zweiten Satzes des Art. 347. wo von
iner neuen **Beweisaufnahme** die Rede ist, scheint allerdings
ieser Annahme entgegen zu stehen. Allein das Wort „Beweis-
ufnahme" ist in der Strafproceßordnung nicht allemal so streng
i dem Sinne gebraucht werden, daß darunter nur die Ver-
andlungen im öffentlichen Termine zu verstehen wären. Es
t vielmehr wohl möglich, daß durch das Wort „Beweisauf-
ahme" auch diejenigen Erörterungen haben bezeichnet werden
ollen, die das Oberappellationsgericht nach Art. 342. veranstal-
n lassen kann, zumal auf diesen Artikel im zweiten Abschnitte
es 347. Artikels ausdrücklich Bezug genommen worden ist.

Durch das Rechtsmittel der Berufung hat nach dem Depu-
tionsberichte der ersten Kammer unter XLVII. der Cognition
es Oberappellationsgerichts nicht blos die Beweisfrage, sondern
ich gleichzeitig die Rechtsfrage unterstellt werden sollen. Hat
imlich, wie es im Deputationsberichte heißt, der Angeklagte nur
e Höhe der Strafe angegriffen, das Oberappellationsgericht
idet aber, daß die Handlung einem mildern Gesetze unterzu-
ellen sei, so soll das Oberappellationsgericht hierdurch nicht ge-
othigt werden, seiner „richterlichen" Ueberzeugung entgegen, die
trafe nach einem Gesetze abzumessen, welches es auf die That
cht für anwendbar hält. Ebenso soll es sein, wenn der Ange-
igte den Schuldausspruch angreift und mithin die Strafe
erhaupt in Wegfall gebracht sehen will.

Dagegen soll das Oberappellationsgericht, wenn der Ange-
uldigte nur die Strafhöhe, nicht aber den Schuldbeweis an-
eift, nicht auch letzteren von Amtswegen seiner Prüfung unter-
erfen. Diese Ansicht hat die Staatsregierung in Artikel 348.

zu der ihrigen gemacht und aussprechen wollen. Zuvörderst möchten die im Eingange dieses Artikels gebrauchten Worte, „das Oberappellationsgericht kann“ wohl nicht dahin gedeutet sein, das es der Willkühr, dem Belieben des Oberappellationsgerichts überlassen sei, ob es die dem erstgerichtlichen Erkenntnisse unterliegende Rechtsansicht seiner Prüfung unterwerfen und zu Gunsten des Angeklagten entweder den Strafantrag für rechtlich unzulässig oder eine mildere Strafbestimmung für anwendbar erklären wolle, sondern es möchte wohl unbedingt in der Verpflichtung des Oberappellationsgerichts liegen, diese Prüfung vorzunehmen. Ist der Angeklagte durch die in erster Instanz gefaßte Rechtsansicht wirklich verletzt worden, so kann es nicht in der Willkühr der oberen Behörde liegen, ob sie, wenn sie hierzu ein Recht hat, diese Verletzung beseitigen wolle oder nicht.

Hat aber der Richter schon Amtes halber bei eingewendeter Berufung in den gegebenen Fällen die Rechtsfrage zu prüfen, so folgt hieraus, daß in dem Rechtsmittel der Berufung die Nichtigkeitsbeschwerde, insoweit solche dem Angeklagten nach Art. 349. unter III. 1. und 2. zusteht, mit inbegriffen ist. In Bezug auf die Rechtsfrage erlangt der Angeschuldigte eintretenden Falls durch die Berufung dasselbe, was er erlangt haben würde, wenn er die Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet hätte. Die Berufung ist daher, weil zugleich hierbei die Beweisfrage zu prüfen ist, das Größere, und die Nichtigkeitsbeschwerde das Geringere.

Mit Ausnahme der formellen Mängel der Untersuchung, die nicht richterlichen Amtes halber mehr zu prüfen, sondern nach Art. 349. unter I. 1. und 2. mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde besonders geltend zu machen sind, gilt auch nach neuerem Rechte dasselbe, was nach älterem Rechte durch die Berufung auf anderweite Entscheidung in Untersuchungssachen in Geltung war.

Alles, was vorstehend in Bezug auf Berufungen des Angeklagten gegen die Enderkenntnisse der Bezirksgerichte gesagt worden ist, findet auch nach Inhalt des letzten Satzes in Art. 379. auf Einsprüche gegen Entscheidungen der Gerichtsämter Anwendung. Es haben daher auch die Bezirksgerichte bei erhobenem Einspruche nicht blos die Beweisfrage, sondern auch die Rechtsfrage ihrer Prüfung zu unterwerfen.

Nach Einführung des Rechtsmittels der Berufung gegen die Enderkenntnisse der Bezirksgerichte und nachdem man die in

Art. 348. verbunden mit Art. 379. im letzten Satze enthaltenen Bestimmungen getroffen hatte, wäre es consequenter Weise wohl geboten gewesen, das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde in den Art. 349. unter III. 1. und 2. gedachten Fällen gänzlich in Wegfall zu bringen. Erstens möchten dieselben Motiven, weshalb man nach Art. 348. vorgeschrieben hat, daß der obere Richter bei eingewendeten Berufungen auch die Rechtsfrage prüfen soll, umgekehrt auch bei Nichtigkeitsbeschwerden vorliegen. Auch hier erscheint es mit dem materiellen Rechte nicht recht vereinbar, daß der obere Richter, wenn er formell keine gegründete Nichtigkeitsbeschwerde vorfindet, das Erkenntniß aber materiell für unbegründet hält, dessenungeachtet dasselbe, weil keine Berufung ausdrücklich eingewendet worden ist, durch Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde indirect bestätigen muß. Sehr leicht kann das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde von dem Angeklagten und selbst von unerfahrenen Sachwaltern allein um deswillen und nicht die Berufung eingewendet worden sein, weil sie die Tragweite beider Rechtsmittel nicht gekannt haben. Zweitens sind aber durch die Beibehaltung der Nichtigkeitsbeschwerde in den Art. 349. unter III. 1. und 2. erwähnten Fällen auch Unzuträglichkeiten entstanden, wie aus nachstehenden Beispielen sich ergeben wird. Zwei Personen sind wegen desselben Verbrechens zur Untersuchung gezogen worden, gegen beide liegen gleiche Indicien vor und beide werden zu einer gleichen Strafe wegen eines qualificirten Eigenthumsverbrechens verurtheilt. Der eine wendet Berufung, der andere Nichtigkeitsbeschwerde ein. Das Oberappellationsgericht findet, daß das vorliegende Vergehen nicht ein qualificirtes, sondern ein einfaches sei und setzt in Folge dessen bei Demjenigen, der die Berufung eingewendet hat, die Strafe herab. Bei dem Andern, der nur Nichtigkeitsbeschwerde erhoben hat, kann das Erkenntniß aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Bezirksgericht verwiesen werden. Erkennt dieses Letztere eine härtere Strafe, als das Oberappellationsgericht gegen den zuerst gedachten Angeschuldigten ausgesprochen hat, dann wird Berufung eingewendet und die Sache kommt wieder an das Oberappellationsgericht. Findet ferner das Oberappellationsgericht in dem erwähnten Falle, daß der Ueberführungsbeweis nicht, wie in erster Instanz angenommen worden, erbracht sei, so spricht es Denjenigen, der

Berufung eingewendet hat, ohne zu untersuchen, ob ein qualificirtes oder einfaches Eigenthumsvergehen vorliege, von der Instanz frei, dagegen wird es bei Demjenigen, der nur Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet hat, im Falle es die in erster Instanz aufgestellte Rechtsansicht nicht theilt, das Erkenntniß aufheben und hier die Sache zur anderweiten Verhandlung in erster Instanz verweisen. Das Bezirksgericht ist nun, was die Rechtsfrage betrifft, an die Entscheidung des Oberappellationsgerichts gebunden, nicht aber, was die Beweisfrage betrifft. Es hält nunmehro wiederum den Angeschuldigten für überführt und erkennt wegen des einfachen Eigenthumsvergehens auf eine mindere Strafe. Gegen dieses Erkenntniß steht dem Angeschuldigten das Rechtsmittel der Berufung zu, er macht von demselben Gebrauch und das Oberappellationsgericht spricht ihn nunmehro, ebenso wie schon früher den ersten Angeschuldigten von der Instanz frei. Auf diesem zeitraubenden und kostspieligen Wege erlangt dieser Andere mithin dasselbe noch, was der erste Angeschuldigte auf kürzerem Wege schon erlangt hatte. Dieselben Weitläufigkeiten können auch dann eintreten, wenn nur ein Angeschuldigter vorhanden. Er wendet Nichtigkeitsbeschwerde ein, das Oberappellationsgericht findet sie für begründet, hebt das bezirksgerichtliche Erkenntniß auf und kann die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung verweisen. Das nunmehro erkennende Gericht, sei es das frühere oder ein anderes Gericht, ist an die ausgesprochene Rechtsansicht des Oberappellationsgerichts gebunden, hat aber rücksichtlich der Beweisfrage völlig freie Hand. Es kann mithin, was das Oberappellationsgericht auf eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde nicht konnte, den Angeklagten frei sprechen. Spricht es ihn nicht frei, sondern verurtheilt es ihn nunmehro in eine Strafe, so steht wiederum dem Angeschuldigten gegen dieses Erkenntniß eine Berufung zu, sowohl wegen der Beweisfrage, als auch in Bezug auf die erkannte Höhe der Strafe.

Das Oberappellationsgericht hat nunmehro die Beweisfrage zu prüfen und spricht jetzt vielleicht den Angeklagten frei, was es schon früher gethan hätte, wenn nicht Nichtigkeitsbeschwerde, sondern Berufung eingewendet worden wäre. Statt zweier Erkenntnisse, mit welchen die Untersuchung zu beendigen gewesen wäre, müssen vier Erkenntnisse gefällt werden. Sehr leicht ließen sich noch viele Fälle fingiren, in welchen sich die Unverträglichkeit

des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Berufung noch greller herausstellte. Am deutlichsten ergiebt sich dieß, wenn, wie mindestens gegenwärtig häufig geschiehet, Berufung und gleichzeitig Nichtigkeitsbeschwerde oder Einspruch und gleichzeitig Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet werden. Welches Rechtsmittel ist hier prävalirend? Man sollte meinen, die Berufung und der Einspruch, weil in diesen, wie oben gezeigt worden ist, die Nichtigkeitsbeschwerde mit inbegriffen ist. Allein diese Ansicht scheint der Gesetzgeber nicht zu theilen. In Art. 378. ist ausdrücklich vorgeschrieben worden, daß, wenn Einspruch und Nichtigkeitsbeschwerde gleichzeitig erhoben worden, das Bezirksgericht zu ermessen habe, ob es zweckmäßiger sei, zunächst den Einspruch zu erledigen, oder die Nichtigkeitsbeschwerde zur Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu bringen. Bringt Ersteres die Nichtigkeitsbeschwerde zur Kenntniß des Oberappellationsgerichts, so muß dieses dann über die Nichtigkeitsbeschwerde zuerst erkennen und dann erst entscheidet das Bezirksgericht über den Einspruch. Hieraus ergiebt sich, daß, wenn gegen das Erkenntniß des Gerichtsamtes Einspruch erhoben worden ist, dann das Bezirksgericht nach Art. 379. über die Beweis- und Rechtsfrage entscheiden muß, daß aber, wenn das Wort „Nichtigkeitsbeschwerde" gleichzeitig mit dem Worte „Einspruch" gebraucht worden ist, das Bezirksgericht nicht über die Rechtsfrage entscheiden kann, sondern diese Entscheidung dem Oberappellationsgerichte überlassen muß. Für diese gesetzliche Bestimmung möchte sich schwerlich ein haltbarer Grund auffinden lassen. Der Grund, weshalb im Entwurfe der Strafprozeßordnung die Entscheidung über alle Nichtigkeitsbeschwerden dem Oberappellationsgerichte zugewiesen worden ist, damit nämlich gleiche Rechtsansichten in allen gleichen Fällen befolgt werden möchten, ist durch die Bestimmungen im letzten Satze des Art. 379. gänzlich in Wegfall gekommen. Jetzt hängt es, nach dem obangeführten ganz von der Willkür des Angeschuldigten ab, ob er die Rechtsfrage durch Einspruch zur Entscheidung des Bezirksgerichts oder durch Einspruch verbunden mit Nichtigkeitsbeschwerde zur Entscheidung des Oberappellationsgerichts bringen will.

Welche Weitläufigkeiten hieraus entstehen, wird aus nachfolgenden Beispielen erhellen.

Der Angeschuldigte wendet Einspruch und Nichtigkeitsbeschwerde, letztere um deswillen ein, weil die als bewiesen ange-

sehene That oder Unterlassung von dem Gerichte einem, darauf nicht anwendbaren Gesetze unterstellt worden ist, oder weil das Gericht, ohne einen gesetzlichen Erschwerungsgrund anzuführen, entweder über das nach der angewendeten Gesetzstelle zulässige höchste Strafmaß oder auf eine in derselben nicht zulässige Strafart erkannt hat. Entscheidet das Oberappellationsgericht, an welches das Bezirksgericht die Nichtigkeitsbeschwerde zunächst zur Cognition abgegeben hat, daß jene Nichtigkeitsbeschwerde begründet sei, und hebt es in Folge dessen den Bescheid auf, so geht dann, ohne daß das Bezirksgericht über den Einspruch zu erkennen nöthig hat, weil der Bescheid aufgehoben worden ist, die Sache zur anderweiten Entscheidung an das Gerichtsamt zurück und gegen den anderweit vom Gerichtsamte zu gebenden Bescheid steht dem Angeschuldigten wiederum Einspruch zu, worüber nunmehr das Bezirksgericht zu erkennen und denselben vielleicht für begründet zu befinden hat. Verwirft dagegen das Oberappellationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, so kann nunmehr erst das Bezirksgericht über den Einspruch cognosciren. Findet dasselbe den Beweis für erbracht und die Strafe nicht zu hoch, so hat es den Gerichtsamtsbescheid zu bestätigen. Ist das Bezirksgericht dagegen der Ansicht, daß entweder schon an sich, oder in Folge neu erfolgter Beweisaufnahme (Art. 382.) der Ueberführungsbeweis nicht für gelungen zu achten sei, so spricht es den Angeklagten frei, vielleicht gänzlich und ohne Kosten. Es geht nun an das Gerichtsamt ein Erkenntniß des Oberappellationsgericht, worin die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet verworfen worden und ein Erkenntniß des Bezirksgerichts, worin der Sache nach gesagt ist, darauf komme gar nichts an, daß die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen worden sei, weil der Schuldbeweis als nicht erbracht anzusehen sei. Eigenthümlicher gestaltet sich noch das zwischen dem Oberappellationsgerichte und dem Bezirksgerichte obwaltende Verhältniß, wenn Einspruch und Nichtigkeitsbeschwerde, letztere um deswillen erhoben wird, weil der Strafantrag in Folge unrichtiger Gesetzanwendung für rechtlich zulässig erklärt worden ist. Namentlich ist dieß der Fall, wenn behauptet wird, daß die That nicht an sich, sondern wegen der dabei concurrirenden Umstände für straflos zu achten sei.

Es würde jedoch zu weit führen, wollte man dieß weiter auseinander setzen.

Die vorstehend angedeuteten Uebelstände und Weitläufigkeiten treten, wenn auch in minderem Grade, in dem Falle ein, wenn Berufung mit Nichtigkeitsbeschwerde verbunden ist. Findet nämlich das Oberappellationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde gegründet, so kann es, jedoch mit Ausnahme des Falles, wo der Angeklagte für straffrei zu erklären ist, das Erkenntniß aufheben, und die anderweite Entscheidung sowohl in Bezug auf die Beweisfrage als in Bezug auf die Auswerfung der zu erkennenden Strafe dem Bezirksgerichte überlassen. Das Oberappellationsgericht darf, weil, wenn Nichtigkeit geltend gemacht worden ist und wirklich vorliegt, das Bezirksgericht wiederum auch noch über die Beweisfrage nach Art. 353. erkennen kann, in diesem Falle gar nicht über die Berufung erkennen. Nur wenn die Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet befunden wird, kann sodann das Oberappellationsgericht, wenn gleichzeitig Berufung eingewendet worden ist, über diese mithin über die Beweisfrage und über die Höhe der in erster Instanz erkannten Strafe erkennen.

Alle vorstehend angegebene, aus der Verbindung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Berufung oder dem Einspruche hervorgehende Uebelstände lassen sich, was den Einspruch und die gleichzeitig eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde anlangt, bei den klaren Vorschriften des Artikls 378. durch die Praxis nicht beseitigen. Was dagegen die Berufung verbunden mit der Nichtigkeitsbeschwerde anlangt, in Bezug auf welche keine so directe Vorschriften in der Strafprozeßordnung vorhanden sind, so kann vielleicht zur aushülflichen Interpretation der Inhalt des 90. Artikels benutzt werden. Nach dem ersten Satze im dritten Abschnitte dieses Artikels soll die irrthümliche Bezeichnung eines Rechtsmittels unschädlich sein. Hiernach ist vom erkennenden Richter mehr auf die Tendenz des Rechtsmittels, auf dasjenige zu sehen, was durch das Rechtsmittel hat erlangt werden sollen, als auf die namentliche Bezeichnung desselben. Läßt sich daher mit Bestimmtheit erkennen, daß bei Einwendung oder Ausführung des Rechtsmittels die Absicht des Angeschuldigten zwar dahin gegangen, daß der Richter zweiter Instanz die Beweisfrage und zugleich die Rechtsfrage nochmals prüfen solle, daß aber, was letztere anlangt, der Angeschuldigte eventuell, wenn auch in zweiter Instanz der Beweis für erbracht angesehen werden sollte, nur eine Herabsetzung der Strafe in Folge einer in erster Instanz angenommenen irrigen

Subsumtion beantragen, nicht aber eine nochmalige Verweisung an den Richter erster Instanz verlangen wolle, so kann dieses Rechtsmittel, auch wenn es Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde genannt worden ist, doch vom Oberappellationsgerichte der Sache und dem Willen des Angeklagten nach als bloße nach Art. 348. zu beurtheilende Berufung angesehen werden. In diesem Falle kann das Oberappellationsgericht zunächst die Beweisfrage prüfen und sodann, wenn es den Beweis für erbracht hält, auf die Rechtsfrage übergehen. Findet es in Bezug auf letztere, daß eine mildere Strafvorschrift, als in erster Instanz geschehen, anzuwenden sei, so kann es diese anwenden, die in erster Instanz erkannte Strafe nach dieser Strafvorschrift abmessen, ohne daß es nöthig wäre, das Erkenntniß erster Instanz aufzuheben und die Sache anderweit zur Entscheidung in erster Instanz zu verweisen. Für diese Ansicht spricht namentlich auch der Inhalt des letzten Abschnittes des Art. 90. Im dritten Abschnitte dieses Artikels ist vorgeschrieben, daß, wenn es zweifelhaft sei, welches Rechtsmittel der Angeklagte habe einwenden wollen, dann derselbe über seine Willensmeinung gerichtswegen befragt werden solle. Freilich wird dieses Auskunftsmittel nicht immer zu einem Resultate führen. Selbst viele Juristen sind sich, wie der Verfasser mehrfach Gelegenheit gehabt hat, zu bemerken, noch gar nicht klar darüber, wie weit das Rechtsmittel der Berufung und des Einspruchs gehe, und in wie fern beide Rechtsmittel von der Nichtigkeitsbeschwerde sich unterscheiden. Nimmt man hinzu, daß auch das Gesetz in dieser Beziehung wohl nicht ganz klar und deutlich sein möchte, so möchte es wohl im höchsten Grade schwierig sein, einem Inculpaten den Unterschied zwischen jenen Rechtsmitteln so klar zu machen, daß er eine bestimmte Erklärung abgeben könnte. In der Regel wird bei Einwendung eines Rechtsmittels der Wille des Inculpaten dahin gehen, dasjenige Uebel, welches gegen ihn in erster Instanz erkannt worden ist, entweder ganz oder doch theilweise und so viel wie möglich durch anderweiten Verspruch zu beseitigen. Dieß kann er, wie oben mit Bezug auf Art. 348. gezeigt worden ist, im weitesten Umfange durch das Rechtsmittel der Berufung erlangen und für diese spricht daher auch die Vermuthung. Diese Vermuthung ist auch in dem oben erwähnten letzten Abschnitte des 90. Artikels gesetzlich ausgesprochen worden, indem, wenn keine bestimmte Erklärung von

dem Angeklagten erlangt werden kann, dann das eingewendete Rechtsmittel als Berufung und beziehendlich als Einspruch angesehen werden soll.

Selbst wenn daher auch die Tendenz des Rechtsmittels aus den zu Protokoll gegebenen Erklärungen des Angeklagten oder aus der schriftlichen Ausführung des Rechtsmittels sich nicht, wie in dem zuerst vorstehend gedachten Falle, klar ergeben sollte, so spricht doch die Präsumtion im Zweifelsfalle für das Rechtsmittel der Berufung. Es kann mithin auch im Zweifelsfalle das Oberappellationsgericht das eingewendete Rechtsmittel als Berufung ansehen und die Strafe, wenn es eine mildere Strafvorschrift für anwendbar hält, nach dieser Strafvorschrift herabsetzen, ohne daß es der nochmaligen Verweisung an das Bezirksgericht bedarf.

Das Königl. Oberappellationsgericht hat auch diese Auslegung des Gesetzes in vorkommenden Fällen gebilligt, indem es von folgenden Sätzen ausgegangen ist.

A.

Ist von dem Angeschuldigten gegen das Enderkenntniß des Bezirksgericht Berufung eingewendet worden, so hat das Oberappellationsgericht nicht nur über die Beweisfrage, sondern auch über die einschlagende Rechtsfrage sofort definitiv zu entscheiden.

B.

Ist von dem Angeschuldigten aus materiellen Gründen ein Rechtsmittel gegen das Enderkenntniß des Bezirksgerichts eingewendet worden, so ist solches, selbst wenn es mit dem Namen Nichtigkeitsbeschwerde bezeichnet worden, als Berufung anzusehen, es wäre denn, daß sich mit Bestimmtheit ersehen ließe, der Angeschuldigte habe das von ihm eingewendete Rechtsmittel auf die in Art. 349. unter III. 1. und 2. gedachten Fälle ausdrücklich beschränken und zugleich nochmalige Entscheidung in erster Instanz beantragen wollen.

C.

Hat der Angeschuldigte blos aus den in Art. 349. unter I. 1. und 2. gedachten formellen Gründen gegen das Enderkenntniß des Bezirksgerichts Nichtigkeitsbeschwerde einge-

wendet, so hat das Oberappellationsgericht lediglich und allein über den gerügten Formfehler zu erkennen.

Aus dem vorstehend Ausgeführten möchte hervorgehen, daß jeder Sachwalter, dem der Vortheil seines Schützlings und die schnelle Beendigung der Untersuchung am Herzen liegt, wohl thut, wenn er bei Einwendung eines Rechtsmittels sich genau überlegt, zu welchem Resultate solches führen kann. Das Rechtsmittel der Berufung gestattet dem Oberappellationsgerichte den weitesten Spielraum, indem es in Folge dieses Rechtsmittels nicht nur die Schuldfrage, sondern auch die Rechtsfrage einer nochmaligen Prüfung unterwerfen muß, und sofort definitiv entscheiden kann.

Eben so möchte es den Bezirksgerichten und den Gerichtsämtern anzurathen sein, wenn Angeklagte Rechtsmittel einwenden und in dieser Beziehung Erklärungen zu Protokoll geben, die Angeklagten über die Tragweite der Rechtsmittel und darüber genau zu belehren, in so weit dieß überhaupt möglich, was sie durch das von ihnen eingewendete Rechtsmittel der Berufung und beziehendlich des Einspruchs erlangen können. Namentlich möchten die Gerichtsämter in derartigen Fällen die Angeklagten darauf aufmerksam machen, daß, wenn sie Einspruch erheben, das Bezirksgericht nicht blos die Schuldfrage, sondern auch die Rechtsfrage zu prüfen hat, und daß, wenn sie Einspruch und zugleich Nichtigkeitsbeschwerde erheben, über ersteren das Bezirksgericht, über letztere das Oberappellationsgericht zu entscheiden habe. Hierbei möchten die Angeklagten namentlich auch darauf aufmerksam gemacht werden, daß, wenn das Bezirksgericht und das Oberappellationsgericht zu entscheiden hat und mithin zwei Erkenntnisse zu geben sind, die Kosten jedenfalls sich häufen. Wird das vorstehend Angedeutete von den Sachwaltern und beziehendlich den Gerichtsämtern und Bezirksgerichten gehörig ins Auge gefaßt, so werden hierdurch nicht nur die im Gesetze selbst liegenden Unverträglichkeiten der Berufung und des Einspruches mit der Nichtigkeitsbeschwerde, sondern auch insbesondere die vielfachen Zweifel so viel, wie überhaupt thunlich, vermieden werden, die in zweiter Instanz über die Tendenz des Rechtsmittels, über die Absicht des Angeklagten bei Einwendung des Rechtsmittels entstehen können und vielfach in vorgekommenen Fällen schon entstanden sind.

VI.

Zu l. 97. D. de adquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2.).

Vom Herrn Oberappellationsrath **Du Chesne** in Dresden.

Die in der Ueberschrift bezeichnete Pandectenstelle:

„Clodius Clodianus facto prius testamento, postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres, quum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit: sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire: dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere: pronunciavit, Clodianum intestatum decessisse,“

führt uns eine Meinungsverschiedenheit zweier berühmter Römischer Juristen, des Papinian und Paulus, vor, welche sich bei Gelegenheit eines in dem Auditorio des Kaisers — jedenfalls des Septimius Severus, unter welchem der bald nach dem Tode dieses Kaisers im Jahre 212 von Caracalla schmählich hingeopferte Papinian das Amt eines magister libellorum und später die Würde eines praefectus praetorio, Paulus aber ebenfalls ein wichtiges Staatsamt in Rom bekleidete — zur Verhandlung gelangten Rechtsstreites hervorgethan hatte. Nach der von Paulus, aus dessen lib. decretorum das Fragment entlehnt ist, vorausgeschickten Relation des Factischen war die Frage zu entscheiden, ob der von Clodianus in zwei zu verschiedenen Zeiten errichteten Testamenten, von welchen das später errichtete sich nachmals als ein ungültiges ergab, eingesetzte Erbe die Erbschaft

aus dem ersten Testamente noch erlangen könne, nachdem er dieselbe in der Meinung, daß das zweite Testament zu Recht beständig sei, aus diesem antreten zu wollen erklärt hatte. Papinian hielt dies, wie der weitere Fortgang der Stelle lehrt, für unstatthaft, indem er annahm, aus dem früheren Testamente, welches man hiernach jedenfalls als ein unbestritten gültiges voraussetzen muß, sei die Erbschaft ausgeschlagen worden — repudiasse eum ex priore hereditatem — aus dem späteren aber sei der Antritt unmöglich, weil dieses eben als ein inutiliter factum sich erwiesen habe — ex posteriore autem non posse adire. Paulus wendete dagegen ein, daß an eine Ausschlagung der Erbschaft nicht zu denken sei, da der Erbe das spätere Testament für gültig gehalten habe — non repudiare eum, qui putaret posterius valere. — Der Gerichtshof entschied jedoch nach der Ansicht des Papinian — pronunciavit, Clodianum intestatum decessisse. —

Das Rechtsgefühl sträubt sich, diese Entscheidung für richtig anzuerkennen, wiewohl sie nicht gänzlich ohne Vertheidiger geblieben ist. Namentlich haben Caldera (Variar. lect. lib. 1. Cap. V. in Meermanns Thesaurus Tom. III. pag. 598. flg.) und Schott, (comment. ad orat. Pertin. de testam. poster. imperfect. etc. in opuscul. jurid. Lips. 1770 pag. 74.) dieselbe in Schutz genommen. Doch sind ihre Gründe schwach. Was Schott vorbringt, kommt auf eine bloße Umschreibung der im Fragmente selbst angeführten Gründe Papinians hinaus; er stellt einfach die Behauptung auf, das frühere Testament sei destitut, und das spätere imperfect gewesen, folglich sei ganz richtig erkannt, daß Clodianus „intestatus" verstorben, wenn schon Paulus in consilio principis widersprochen habe. Diese petitio principii führt offenbar nicht weiter. Wenn dagegen Caldera zur Rechtfertigung des fraglichen Rechtsspruches bemerkt, daß zwei Testamente gleichzeitig nebeneinander nicht bestehen könnten, daher derjenige, welcher aus dem einen antrete, die aus dem andern ihm deferirte Erbschaft ausschlage, so ist zwar dieser Satz an sich ganz richtig, nur aber ist damit für die hier vorliegende Frage nichts gewonnen, deren Kern darin besteht, ob nicht der Umstand, daß der Erbe über die Gültigkeit des Testamentes, aus welchem er antreten zu wollen erklärt hat, in Irrthum befangen gewesen, die Lage der Sache verändere, und ob man formell sowohl wie

materiell mit Grund annehmen könne, es verzichte derjenige auf die ihm zugedachte Erbschaft, welcher, in zwei Testamenten als Erbe eingesetzt, aus dem später errichteten, welches er für gültig und rechtsbeständig hielt, die Erbschaft erwerben will. In der That scheint vielmehr einem Erben, welcher mit dem Erben des Clodius Clodianus das Schicksal theilt, in zwei verschiedenen Testamenten zur Erbschaft berufen zu sein und über die Ungültigkeit des zweiten Testaments sich in Irrthum zu befinden, nichts weiter übrig zu bleiben, als aus diesem letzteren seinen Antritt zu erklären, wenn er überhaupt die Erbschaft haben will, weil er das erstere Testament durch das spätere für rumpirt, ihm also nutzlos, ansehen muß. Caldera giebt zwar den Rath, der in zwei Testamenten eingesetzte Erbe solle gar nicht sagen, aus welchem Testamente er antreten wolle, sondern „generaliter adire" weil, wenn schon eine solche Aditionserklärung nach dem Ausspruche des Africanus in l. 51. D. pr. de adq. vel omitt. hered. für null zu achten sei, er doch damit den Anschein der Repudiation ex utili testamento vermeide, indem in der allgemeinen Aditionserklärung doch eine Protestation gegen den Verlust der Erbschaft liege. Allein abgesehen davon, daß der Irrthum des Erben über die Ungültigkeit des zweiten Testamentes leicht begreiflicherweise ihn eben so verhindern wird, die Nothwendigkeit der Befolgung dieses Rathes einzusehen, wie er ihn abhält, sofort ex utili testamento anzutreten, so würde ja auch durch die Antrittserklärung aus dem spätern Testamente der nämliche Zweck erreicht werden, wie durch die angerathene an sich nulle generalis aditio, weil unter der hier überall festzuhaltenden Voraussetzung, daß der Erbe dieses Testament für gültig hält, ebensowenig an seinem Willen zu zweifeln ist, die Erbschaft zu erwerben.

Die meisten Rechtslehrer sowohl älterer wie neuerer Zeit stimmen denn auch darin überein, daß die Meinung des Paulus die richtigere sei und in foro zur Anwendung kommen müsse. Schon Vivianus sagt in dem Casus zu der betreffenden Gesetzstelle: sed ipse (Papinianus) male dixit; non enim videtur Titius repudiasse ex primo, cum putaret secundum valere: et ideo poterit adhuc adire ex primo testamento, und die Accursische Glosse enthält zu den Worten: „Papinianus putabat" die Bemerkung: sed male, und zu dem „dicebam" des

Paulus: et bene, unter Hinweis auf eine Mehrzahl anderer Gesetzstellen, wodurch der Ausspruch des Paulus bestätigt werde. — Duarenus (Comment. in tit. D. de adquir. vel omitt. hered. cap. IX. in dessen Operib. edit. Francof. 1598 pag. 464.), welcher die fragliche Gesetzstelle als Beispiel einer tacita repudiatio hereditatis anführt, bemerkt gleichwohl hierzu: tamen hic proponitur species, de qua non immerito dubitatum fuit, quia proponitur ex posteriore tesamento adiisse hereditatem, cum crederet posterius valere etc. Paulus, cujus hoc caput est, dissentiebat. „Dicebam," ait in fine, non repudiare eum ex priore testamento, qui putabat posterius testamentum valere. Verum est, si sciens sine ullo errore heres institutus adiit ex posteriore testamento, eum procul dubio ex priore videri repudiare. Sed idem dici non debet de eo, qui putabat posterius testamentum valere. Non consentiunt, qui errant: hic animus deficit et voluntas. — Voetius (Comment. lib. 29. tit. 2. §. 37. Tom. II. p. 378.) erklärt die im Sinne Papinians erfolgte Entscheidung gegen den Erben des Clodianus geradezu für der ratio juris widersprechend. — „Si quis priore testamento perfecto et posteriore imperfecto heres scriptus etc. — ex priore perfecto eum adire non posse adeoque eam legitimis delatam esse Papinianus judicavit l. Clod. etc. improbante Paulo ICto, repugnante quoque juris ratione: cum utique repudiare non possit intelligi ex primo testamento, qui ignorat eo, utputa per posterius opinione sua rupto, hereditatem sibi delatam esse etc. — Jensius (Strictur. ad Iust. Caes. Cod. ac Palid. Rottred. 1749 pag. 204.), welchem auch Schulting (Notae ad Dig. Tom. V. p. 153.) nicht undeutlich beistimmt, führt die l. 97. D. de adq. vel omitt. her. mit als Beispiel von den Unbilligkeiten der römischen Juristen an, und kann hierbei den Ausruf nicht unterdrücken: summum jus saepe summa injuria. — Unter den heutigen Rechtslehrern hat sich außer Mühlenbruch (in der Fortsetzung zu Glücks Commentar Thl. 38. S. 467. u. Thl. 43. S. 110.) und neuerlichst Sintenis (Civilrecht Thl. III. S. 667. not. 7.), insbesondere Franke bei Gelegenheit seiner sehr schätzbaren und geistreichen Abhandlung über Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispositionen (im Archiv für civil. Prax. Bd. 19. 2. Heft S. 202. flg.) mit unserer Gesetzstelle beschäftigt

und mit gewohnter Gründlichkeit und Schärfe die Meinung des Paulus als die allein richtige und mit den übrigen Aussprüchen im Corpus juris zu vereinbarende in so erschöpfender Weise dargelegt, daß hierüber nichts weiter zu sagen bleibt.

Wie schwer es aber der Pietät der Juristen geworden, die Ueberzeugung von der Unfehlbarkeit des großen Papinian und einer seinem Votum gemäß ergangenen Entscheidung eines altrömischen Gerichtshofes aufzugeben, davon zeugen die mehrfachen Versuche, letztere aus einer Besonderheit des concreten Falles, von welcher freilich das Fragment selbst nichts erkennen läßt und bei deren Voraussetzung man jedenfalls wieder der Aufrichtigkeit und Unparteilichkeit des Paulus zu nahe tritt, zu erklären. Eine ältere Conjectur geht dahin, der vom Clodianus eingesetzte Erbe sei zur Zeit der Verhandlung des Processes bereits verstorben gewesen, ohne sich zu erklären, ob er aus dem ersten, gültigen, Testamente antreten wolle. — Vel die quod bene pronunciavit: sed non quia non possit adiri, sed quod scriptus heres in priori testamento priusquam ex primo adiret, decesserit: *secundum Joannem* etc. (Corp. jur. civ. Justin. cum comment. Accurs. etc. Aureliae 1625 Tom. II. a. h. l.) — Daß diese Erklärung nach den Worten und dem ganzen Zusammenhange der Stelle unzulässig sei, hat bereits Franke a. a. O. S. 207. nachgewiesen. Voet versucht die Meinung des Papinian dadurch zu erklären, daß es sich bei dem Erben des Clodian nicht von einem factischen, sondern einem Rechtsirrthume über die Gültigkeit des späteren Testamentes gehandelt habe — nisi pro Papiniani judicato praesupponamus, agi in d. l. de herede, non per facti sed juris errorem existimante, posterius valere, atque ita errantem in jure pro sciente habeamus. — Allein daß Papinian auch einem Rechtsirrthume nicht die Wirkung einer Verzichtleistung beilegte, beweist l. 79. D. de legat. II., entlehnt aus dessen lib. XI. Responsorum, wo es heißt: quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit. Juris ignoratione lapsi,* qui petere praedia ex mariti testamento

*) Die im Testamente des Ehemannes fideicommissarisch bedachten Freigelassenen hatten nämlich, wie die Glosse erklärt, insofern in jure geirrt, als sie geglaubt, die Frau könne das Testament ihres Mannes ändern — quia putabant, quod uxor testamentum mariti sui posset immutare. —

debuerant, secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt: non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit." — Auch Franke hat den Widerspruch der Meinungen beider Juristen durch die Annahme einer verschiedenen Auffassung des Thatsächlichen zu beseitigen gesucht. Paulus sei zwar von der Absicht, daß der Clodianische Erbe in Betreff der Gültigkeit des letzten Testaments sich geirrt gehabt, ausgegangen, allein Papinian habe an einen solchen Irrthum nicht geglaubt, sondern die Ueberzeugung gefaßt, daß der Erbe die Ungültigkeit des zweiten Testamentes wohl gekannt, aber dennoch, vielleicht weil es ihm günstiger gewesen, lieber daraus habe erben wollen. Dieser Ausweg ist bereits von Duaren a. a. O. indigitirt durch die Worte „Verum est, si sciens sine ullo errore heres institutus adiit ex prosteriore testamento, eum procul dubio ex priore videri repudiare." So scharfsinnig indeß diese Vertheidigung des Papinianischen Votum ist, so scheint sie doch ebenfalls mit dem Wortlaute der Gesetzstelle nicht wohl vereinbar, da schwerlich angenommen werden kann, daß Paulus mit solcher Bestimmtheit und so glatthin, wie gleichwohl geschehen, von dem Clodianischen Erben würde haben sagen können: „cum posterius putaret valere," wenn es in facto zweifelhaft gewesen wäre, ob derselbe sich wirklich in Irrthum über die Gültigkeit des zweiten Testaments befunden, und ein Theil der Richter sogar das Gegentheil angenommen hätte, die Verschweigung dieses wichtigen, bei der Verhandlung doch nothwendig zur Sprache gekommenen Umstandes, durch welchen der Fall ganz anders characterisirt worden wäre, daher den Paulus mit dem schweren Vorwurfe absichtlicher Sachentstellung belasten würde, wozu man doch wohl nicht berechtigt ist.

Bei dieser Schwierigkeit, die Meinung des Papinian und die darauf gegründete kaiserliche Entscheidung anders aufzufassen, als sie sich einfach nach der Relation des Paulus dem Verständnisse darbietet, bleibt nach unserer Ansicht die Hauptfrage immer die: zu welchem Zwecke ist das Fragment aus den libris Decretorum des Paulus in die Justinianeische Compilation aufgenommen worden, hat dadurch des letzteren Meinung oder die der Ansicht Papinians gemäß erfolgte Entscheidung des kaiserlichen Auditorii gebilligt und zum Gesetze erhoben werden sollen? Denn

wäre letzteres anzunehmen, so würde, aller Ueberzeugung von deren Unrichtigkeit ungeachtet, der Richter doch sich nicht entbrechen können, dieselbe zur Richtschnur zu nehmen. Auch hierüber sind die Ansichten getheilt. Caldera a. a. O. beginnt seine Exposition über die fragliche Gesetzstelle mit den Worten: Veteres putaverunt hic probari opinionem Pauli, spricht sich aber für seine Person unter der Bemerkung, daß auch Viglius (Commentar. in decem Tit. Instit.) in §. ex eo Inst. quib. mod. testam. infirm. in fine (wo aber von etwas ganz Anderem die Rede) der nämlichen Meinung sei, dahin aus, daß im Gegentheile die, von ihm auch für richtiger gehaltene, Meinung Papinians als das geltende Recht betrachtet werden müsse, wobei er mit Bezug auf §. 6. Inst. de jure nat. gent. et civili als Grund anführt: nec enim dubium est, quin Imperatoris Decretum jus faciat. Gleiches nimmt an Schott a. a. O., weil Paulus nicht anführe, daß seine Meinung gebilligt worden sei, sondern die in dem kaiserlichen Auditorio stattgefundene Erörterung und das darauf erfolgte kaiserliche Decret mittheile, was nicht nach seinem, sondern des Papinian Sinne ausgefallen sei. Auch Voetius, Jensius und Schulting l. l. scheinen gleicher Ansicht, die auch von mehreren neueren Juristen stillschweigend insofern zu erkennen gegeben wird, als sie nicht sowohl gegen die gesetzliche Kraft des von Paulus citirten Decretes, als vielmehr gegen dessen Richtigkeit ankämpfen, was sehr überflüssig gewesen sein würde, wenn sie die gegentheilige Meinung des Paulus als die gesetzlich gebilligte betrachtet hätten. Nach dem Vorgange der Glossatoren und deren Nachfolger hat dagegen schon Duaren l. c. bemerkt: Existimo sequendam esse sententiam Pauli ex voluntate Justiniani, compositoris horum librorum: cum hoc ex libris Pauli sumptum sit a Justiniano, et in hunc locum translatum. Ex hoc apparet, ei placuisse sententiam Pauli, nec dubia est sententia Pauli, cum dicit „dicebam“ etc. Alia continent veluti historiam quandam. Sed quid sentiat exprimit his verbis, cum ait „dicebam“ etc. Et quod hic scriptum est, attribuendum est Justiniano, et sic accipiendum est, ac si Justinianus ipse loqueretur. „Omnia,“ inquit Justinianus in quadam constitutione de vetere jure ennucl. „nostra facimus et plenum robur addimus.“ Pone igitur Justinianum hic dicere, quod Paulus

hic dicit, et referre quod ab aliis est pronunciatum, nemo dubitabit, quin auctoritas Justiniani hic sequenda sit. Auch Franke a. a. O. S. 205 hat sich nicht undeutlich für diese Ansicht erklärt. Wir unsererseits müssen bekennen, daß wir von deren Richtigkeit ebenfalls lebhaft überzeugt sind und die Gründe des Duaren für völlig durchgreifend halten. Denn nichts ist nach Justinians eigner Aussprache in den wegen Abfassung und Bestätigung der Digesten erlassenen Verordnungen klarer, als dessen Absicht, daß in diesem Werke ausschließlich nur die Lehren und Maximen der älteren Juristen zu berücksichtigen, welche aus deren zahlreichen Schriften mit Auswahl nach einer gewissen Ordnung zusammengestellt, nach Befinden emendirt und sodann als ein Ganzes von ihm, dem Kaiser, mit Gesetzeskraft ausgerüstet und als gleichsam von ihm selbst ausgegangen betrachtet werden sollten. — Jubemus igitur vobis antiquorum prudentium libros ad jus Romanum pertinentes et legere et elimare, ut ex his omnis materia colligatur, etc. (§. 4. Const. Deo auct.) — ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem, tanquam si eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et nostro divino fuerint ore profusa, omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas (§. 6. ejusd. Const.) — hoc etiam nihilo minus observando, ut si aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris imposuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformetis etc. (§. 7. eod.) — duo paene millia librorum et plus quam trecenties decem millia versuum etc. legere et perscrutari, et ex his si quid optimum fuisset, eligere etc. (Const. Tanta §. 1.) — Ne autem incognitum vobis fiat, ex quibus veterum libris haec consummatio ordinata est, jussimus et hoc in primordiis Digestorum nostrorum inscribi: ut manifestissimum sit, ex quibus legislatoribus, quibusque libris eorum, et quot milibus hoc justitiae Romanae templum aedificatum est. (§. 20. eod.) Dabei sollte kein Vorzug eines oder des andern Autor, aus dessen Schriften in den Pandekten etwas aufgenommen wurde, stattfinden, sondern alle sollten gleiches Ansehen haben, wodurch zugleich der durch die Verordnung des Kaisers Valentinian v. J. 420 (das sogenannte Citirgesetz) dem Papinian zugestandene Vorzug in Wegfall gelangte.

— Omnibus auctoribus juris aequa dignitate pollentibus et nemini quadam praerogativa servanda (§. 5. Const. Deo auct.) — Et ideo ea quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Ulpiano et Paulo nec non Marciano adscripta sunt, quae antea nullam vim optinebant propter honorem splendidissimi Papiniani non statim respuere etc. (ibid. §. 6.) — Omnibus uno dignitatis apice impertito, nec sibi cuidam aliquam praerogativam vindicante: cum enim constitutionum vicem et has leges obtinere censuimus, quasi ex vobis promulgatas: quid amplius aut minus in quibusdam esse intelligatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta? (Const. Tanta §. 20.) — et aequum omnibus praebentes auctoritatis robur, ut omne quod in libro scriptum est, nostra sit mens etc. (Constit. Δέδωκεν §. 10.) — Omnibus autem hic positis (veteribus juris conditoribus) unum ordinem unamque dignitatem dedimus, nemini majori auctoritate pro altero indulta etc. (§. 20. ibid.) Was dagegen Justinian von dem von den Kaisern, seinen Regierungsvorgängern, constituirten Rechte, als solchem, wozu im Allgemeinen auch das durch Entscheidungen in Parteisachen — decreta — geschaffene zu rechnen, beibehalten wissen wollte, das war bereits in den 12 Büchern des ersten Codex, welcher der Abfassung der Digesta vorausgegangen war, und durch letztere eben seine vollständige Ergänzung finden sollte, zusammengestellt — primum nobis fuit studium sacratissimis retro principibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et viae dilucidae tradere: quatenus in unum codicem congregatae etc. universis hominibus promptum suae sinceritatis praebeant praesidium. Hocque opere consummato in uno volumine nostro nomine praefulgente coadunato etc. (§. 1—2. Const. Deo auct.) — Ideo jubemus duobus illis codicibus omnia gubernari: uno constitutionum, altero juris enucleati et in futurum codicem compositi etc. (§. 11. ibid.) Behält man aber diese Thatsachen im Auge, so kann schon ihretwegen etwas Anderes füglich nicht angenommen werden, als daß es bei Aufnahme unseres Fragments aus einer Schrift des Paulus den Compilatoren eben nur darum zu thun gewesen, der darin von diesem Juristen ausgesprochenen Meinung Geltung zu verschaffen. Denn man pflegt doch nicht auf einen Autor, der in bestimmter Weise über einen Gegenstand,

den man ins Klare setzen will, sich ausspricht, zu dem Zwecke sich zu beziehen, um die entgegengesetzte Meinung als die richtigere zu bezeichnen, obschon dieser Autor der abweichenden Ansicht Anderer erwähnt, am wenigsten, wenn man denselben anstatt seiner selbst sprechen lassen, dessen Worte als die eignen betrachtet wissen will. Duaren behauptet daher nach unserer Ueberzeugung ganz mit Recht, daß das „dicebam" des Paulus als das dictum Justinians selbst angesehen werden müsse, und daß der ganze übrige Inhalt des Fragments blos historisches Interesse habe, als Erzählung der Gelegenheit, welche dem Paulus zum Aussprechen seiner Meinung Veranlassung gegeben, deren es übrigens des Verständnisses halber bedurfte. Man könnte zwar einwenden, daß die betreffende Schrift des Paulus eine Sammlung kaiserlicher Decrete sei, bei einem Sammelwerke aber nicht sowohl der Veranstalter desselben als vielmehr das Gesammelte in Betracht komme und den eigentlichen Inhalt bilde. Allein dieser Einwand widerlegt sich dadurch, daß die 3 Bücher decreta des Paulus — wie Bluhme in Savigny's Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. 4. Bd. S. 313 gezeigt hat, eine Umarbeitung von dessen „Imperatoriarum sententiarum in cognitionibus prolatarum sive decretorum lib. sex —" eben nicht oder doch nicht durchgängig bloße Relation, sondern zugleich eine kritische Beleuchtung der referirten Entscheidungen, insofern Paulus mit denselben nicht einverstanden gewesen, und dessen eigne, mit Gründen unterstützte Ansicht enthalten. Nur wo, wie z. B. in Betreff des in l. 38. D. de fideicomm. libert. von Paulus referirten Machtspruches des Kaisers (interlocutus est) oder in den in l. ult. D. de hered. instit. l. 50. D. de jure fisci angeführten Fällen, Paulus seine eigne entgegengesetzte Meinung nicht hinzufügt oder die Digestencompilatoren wenigstens deren nicht erwähnen, wird man berechtigt sein, die referirten kaiserlichen Entscheidungen als das von Justinian durch die Aufnahme in die Digesten gebilligte Recht anzunehmen, nicht aber, wo man die abweichende Ansicht des Paulus hervorgehoben findet. Ein sehr schlagendes Beispiel * gibt in dieser

*) Die von Franke a. a. O. S. 204 citirte l. 14. §. 1. D. ad leg. Falcid. will man hier nicht herbeiziehen, weil sie nicht aus den lib. decret. des Paulus, sondern aus dessen lib. singul. ad leg. Falcid. entnommen ist.

Hinsicht l. 38. D. de minor. an die Hand, wo doch offenbar nicht die Bemerkung: „quia tamen lex commissoria displicebat ei (imperatori), pronuntiavit, in integrum restituendam“ oder der hinzugefügte specielle factische Nebengrund: „movit etiam illud imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiati erant“ der Grund der Aufnahme der Stelle in die Pandecten gewesen sein kann, sondern nur das entgegenstehende „putabam“ des Paulus und bezüglich die von demselben angeführten juristischen Gründe dazu veranlaßt haben können. — Es kommt bei unserem Fragmente hinzu, daß, wie Franke a. a. O. ausführlich gezeigt hat, mit dem, was Paulus als seine Meinung ausgesprochen hat, alle übrige Aussprüche im Corpus juris in Einklang stehen, gerade das Gegentheil aber von der darin erwähnten Meinung des Papinian und der darauf gebauten kaiserlichen Entscheidung, wenn man nicht zu einer oder der andern der obigen Conjecturen, wodurch übrigens die Richtigkeit des Ausspruches des Paulus an sich gar nicht beeinträchtigt wird, seine Zuflucht nehmen will, behauptet werden muß. Wollte man daher dennoch annehmen, daß die Digestencompilatoren durch die Aufnahme des Fragments der darin referirten kaiserlichen Sentenz hätten beistimmen wollen, so würde man ihnen damit zugleich den Vorwurf machen, daß sie hierbei gegen ihre Instruction gefehlt. Denn sie waren angewiesen, als Material blos die Schriften der Rechtsgelehrten, die sie zu diesem Behufe auch jedesmal namhaft machen sollten, also mit Ausschluß kaiserlicher Entscheidungen einzelner Rechtssachen als solcher, insofern sie nicht von dem betreffenden Juristen gebilligt worden, zu benutzen — antiquorum prudentium libros legere et elimare, ut ex his omnis materia colligatur — und sorgfältig alle sich etwa hervorthuende Meinungsverschiedenheiten und Widersprüche, da nöthig unter Abänderung alles dessen, was zu letzteren führen könnte, zu beseitigen und auszugleichen — nulla discordia — derelicta (§. 4. Const. Deo auctore) — ut si aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris imposuerunt, non recte scriptum invenietis, et hoc reformetis — nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto. (ibid.) — Und gleichwohl rühmt Justinian wiederholt,

daß dieser Anweisung, soweit menschliche Kräfte überhaupt reichten, genügt und seine Absicht erreicht worden sei. — Erat enim mirabile Romanam sanctionem etc. in unam reducere consonantiam, ut nihil neque contrarium neque idem neque simile in ea inveniatur etc. nostra quoque majestas semper investigando et perscrutando ea, quae ab his componebantur, quidquid dubium vel incertum inveniebatur, hoc numine coelesti erecta emendabat et in competentem formam redigebat. (Const. Tanta.) — Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur etc. (ibid.) — Legum autem ullam earum, quae in hoc libro positae sunt, aliis contrariam non facile quis invenerit etc. (Const. Δέδωκεν.)

Am wenigsten möchte endlich die von Calbera angezogene Institutionenstelle: „sed et quod principi placuit, legis habet vigorem etc. quodcunque ergo Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat" geeignet sein, für die vorliegende Frage etwas zu entscheiden. Denn durch dieses allgemeine, in einem Lehrbuche aufgestellte Axiom hat sich doch offenbar Justinian selbst nicht das Recht nehmen wollen, neues Recht zu schaffen und dasjenige, was ihm in den von seinem Regierungsvorgängern ausgegangenen Entscheidungen mißfiel oder unrichtig erschien, aufzuheben oder abzuändern, von welchem Rechte er eben bei Abfassung der Pandecten den vollsten Gebrauch gemacht hat — ut omne quod in libro scriptum est, nostra sit mens, et nemo audeat, quae nunc sunt antiquis comparare, postquam multa et innumera in melius transtulimus, etiam si quid imperatoriae alicui veterum principum constitutioni alia dictum est forma (constit. Δέδωκεν. §. 10.) —

Doch wir gehen zu unserm eigentlichen Zwecke, der Mittheilung eines Rechtsfalles nämlich, über, in welchem die Anwendung der besprochenen l. 97. D. de adqu. vel omitt. hered. in Frage kam und der oberste Gerichtshof im Königreiche Sachsen veranlaßt war, hierüber sich auszusprechen, was voraussetzlich für die Leser dieser Zeitschrift nicht ohne Interesse sein dürfte. Zum Verständnisse ist blos Folgendes vorauszuschicken:

Eine gewisse P. hatte kurz vor ihrem Tode vor einer in ihre Behausung gerufenen Deputation des Justizamtes S. ein

Testament errichtet, in welchem sie die Ehefrau N., eine Verwandte, zur alleinigen Erbin ihres Vermögens einsetzte. Diese erklärte auch nach erfolgter Publication des gedachten Testaments, die Erbschaft anzutreten. Einige Zeit später, als letztere mit ihrem Ehemanne allem Ansehen nach wegen eines anderen Rechtsgeschäftes vor einer anderen Gerichtsbehörde erschienen war, wurde ihr von dieser, dem Stadtgerichte zu L., bekannt gemacht, daß daselbst ein Testament ihrer verstorbenen Verwandtin, der P., niedergelegt sich befinde. Es wurde dieses früher errichtete Testament sofort herbeigeholt und der N. eröffnet, und es fand sich, daß sie darin ebenfalls, wiewohl nicht allein, sondern in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne als Erbin instituirt worden. Sie erklärte hierauf mit ihrem Ehemanne im Wesentlichen, daß die P. ein anderweites Testament vor dem Amte S. errichtet und darin ihren früheren letzten Willen außer Kraft gesetzt habe.

Das ebengedachte, zuletzt errichtete Testament wurde nun aber von den Intestaterben der P. als nichtig angefochten und in der desfalls angestellten Klage war zwar des frühern, vor dem Stadtgerichte zu L. niedergelegten Testamentes Erwähnung geschehen, dessen Wirkung und das Zurückkommen der N. auf dasselbe aber mit der Behauptung zu beseitigen versucht worden, daß in der obenbemerkten Erklärung der N—schen Eheleute bei dessen Publication vor dem Stadtgerichte zu L. eine Verzichtleistung auf die aus diesem deferirte Erbschaft enthalten sei. — Das in erster Instanz vom Spruchcollegio zu Leipzig abgefaßte Urthel hatte den Umstand, daß ein früheres, die W. ebenfalls zur Erbin ernennendes Testament vorhanden sei, ganz mit Stillschweigen übergangen, und der Beklagten, welche sich gegen den Anspruch der Intestaterben durch die Beziehung auf das zuletzt vor dem Amte S. errichtete Testament und die Behauptung der Gültigkeit desselben schützen wollte, in Hinsicht darauf, daß die Testamentsurkunde selbst die Bemerkung enthielt, daß der Testirerin das Protocoll über ihre letztwillige Verfügung nicht habe vorgelesen werden können, den Beweis dieser Einrede auferlegt, wogegen die zweite Instanz geglaubt hatte, daß die Prüfung des Einflusses des gedachten Umstandes bis zur Definitive ausgesetzt bleiben könne. Von dem Oberappellationsgerichte wurde in 3. Instanz die Klage der Intestaterben angebrachtermaßen zurückgewiesen und dieser Ausspruch auf wiederholte Remedur

der Kläger auch vom Leuterungssenate desselben Gerichtshofes bestätigt.

Wir lassen nunmehr die zu beiden, im Jahre 1856 vom Oberappellationsgerichte gesprochenen Erkenntnissen ertheilten Entscheidungsgründe folgen.

A. Zum Urthel 3. Instanz.

„Kläger haben nach Inhalt ihres Klagvorbringens Bl. — das von der verstorbenen P. unterm 17. Dec. 1852 vor einer Deputation des Justizamtes S. in ihrer Wohnung errichtete und am 7. Januar 1853 eröffnete Testament, in welchem die Beklagte als alleinige Erbin zum Nachlasse der Testirerin eingesetzt worden, als nichtig angegriffen, hauptsächlich um deswillen, weil das von dem betreffenden Justizbeamten über die letztwillige Disposition der P. aufgenommene Protocoll wegen Schwerhörigkeit der letzteren von derselben nicht habe genehmigt, überhaupt eine Erklärung über das Verständniß der gerichtlichen Niederschrift von ihr auf keine Weise habe erlangt werden können, und jedes Anhalten dafür, daß diese Niederschrift der wahre Ausdruck des Willens der Testirerin sei, um so mehr fehle, als das Gericht, wie die Testamentsurkunde selbst bestätige, nur unter Mithülfe des Ehemanns der als Universalerbin eingesetzten Beklagten, somit also einer bei der Erbeinsetzung wesentlich betheiligten Person, Kenntniß von deren Willensmeinung zu erlangen im Stande gewesen sei.

Die Kläger, welche unbestrittenermaßen Geschwister und Geschwisterkinder der ohne Hinterlassung von Descendenten und Adscendenten und im Wittwenstande verstorbenen P. sind, beabsichtigen durch den Angriff auf das gedachte Testament die Intestaterbfolge herbeizuführen, und allerdings würde an sich, wenn das fragliche Testament als ungültig beseitigt werden könnte, deren gegen Beklagte gerichteter Antrag auf Ausantwortung des, ebenfalls zugestandenermaßen, in der letzteren Händen befindlichen Nachlasses zu ihren Intestaterbtheilen mittels auf Erfordern eidlich zu bestärkenden Verzeichnisses gerechtfertigt erscheinen.

Inzwischen haben Kläger in ihrem Klagvorbringen selbst einen Umstand zur Sprache gebracht, welcher den Gesichtspunkt, von welchem aus die vorliegende Differenz zu beurtheilen, wesentlich verändert, und die Frage über die Gültigkeit des vorbemerk-

ten, am 17. Dec. 1852 von der P. errichteten Testamentes — von welcher in den vorigen Instanzen die Entscheidung abhängig gemacht worden, indem man der Beklagten mit Rücksicht darauf, daß dem über das fragliche Testament aufgenommenen Protocolle, nach der aus der Testamentsurkunde selbst sich ergebenden Bemerkung über die Unmöglichkeit, von der Testirerin dessen Verständniß zu erlangen, das wesentlichste Requisit der Beweisfähigkeit fehle, den Beweis ihrer als Ausflucht angesehenen Behauptung, daß das Testament nach Inhalt und Form zu Recht beständig sei, auferlegt hat — gänzlich in den Hindergrund stellt.

Kläger führen nämlich an der bemerkten Actenstelle an, daß die verw. P. bereits früher unterm 12. August 1844 ein Testament und unterm 22. Octbr. 1850 zu diesem ein Codicill errichtet gehabt, von welchen beiden Urkunden sie Abschriften beifügen. In diesem früheren, vor Gericht errichteten und hinsichtlich seiner formellen Gültigkeit von den Klägern nicht angezweifelten Testamente sind die jetzige Beklagte und deren Ehemann zu Erben instituirt und den Mitklägern sub 2 und 3 Legate ausgesetzt, welche in dem ebenfalls gerichtlich aufgenommenen Codicille von 25 Thlr. auf 200 Thlr. für jedes erhöht worden.

Kläger selbst bestreiten an sich nicht, daß, wenn das am 17. Dec. 1852 von der P. errichtete Testament für ungültig zu erachten sei, alsdann auf dieses frühere Testament v. 12. August 1844 nebst dazu gehörigem Codicill vom 22. Octbr. 1850 zurückzugehen sein würde, und es kann dies auch in der That nicht zweifelhaft sein. Denn nach dem bestimmten Ausspruche der Gesetze hat ein späteres Testament, welches ungültig befunden wird, in der Regel nicht die Wirkung, ein früheres, an sich gültiges Testament zu rumpiren, und es kann dabei einleuchtenderweise auch darauf nichts ankommen, ob in dem späteren ungültigen Testamente das frühere ausdrücklich für aufgehoben erklärt worden.

— vergl. §. 2. I. quib. mod. test. infirm. II. 17. — „Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur" — §. 6. eod. „Divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est."

l. 2. D. de injusto, rupto, irrito test. (28. 3.)
Christ. Greg. Altneri diss. de testam. post imperf. prius perf. infirm. Erford. 1723 §. XXIII. jct. §. IX.
Joh. Jac. Reinharth, diss. de test. imperf. perf. infirm. Erford. 1735 §. VI. sq.
H. J. Schott, Comment. ad orat. Pertin. de test. post. imperf. prius perf. haud infirm. Cap. III. IV. in opusc. jurid. Lips. 1770 pag. 46 sq.
Donellus, Comment. de jure civ. Vol. III. lib. VI. cap. XVI. §§. 6. 7.
Mühlenbruch, in der Forts. zu Glücks Commentar. Bd. 38. S. 359 flg.
Curtius, Handb. §. 729 und not. b.

Allein, um des erwähnten früheren Testamentes Wirkung, welche zunächst unbedingt darin bestehen würde, daß von dem gleichwohl von den Klägern beantragten Eintritte der Intestaterbfolge nicht die Rede sein könnte, zu beseitigen, haben Kläger zugleich die Replik inserirt: es hätten Beklagte und deren Ehemann selbst Inhalts der der Klage in Abschrift beigefügten Registratur des Stadtgerichts zu L. v. 26. Juli 1853 das frühere Testament für ungültig erklärt, mithin dessen Anerkennung abgelehnt und sich somit nach der Rechtsregel, ad jura renunciata non datur regressus, jedes fernern Anspruchs aus demselben begeben. Kläger haben hiermit die Erklärung verbunden, daß sie die von der Beklagten und deren Ehemanne in dem bemerkten Protocolle vom 26. Juli 1853 ausgesprochene Ungültigkeitserklärung des früheren Testamentes acceptirten und ihrerseits, soweit sie darin und in dem Codicille mit Legaten bedacht worden, dasselbe ebenfalls für unwirksam erklären und auf die bemerkten Legate verzichten wollten, womit sie nun alle dem Eintritte der Intestaterbfolge entgegenstehenden Hindernisse gehoben zu haben glauben.

Während die 1. Instanz die soeben bemerkte, dem Libell inserirte Replik überhaupt ganz mit Stillschweigen übergangen hat, ist von der 2. Instanz auf die hiergegen von der Beklagten Bl. — gerichtete Beschwerde bemerkt worden, daß sich die Streitfrage, ob in Folge der von der Beklagten und deren Ehemanne am 26. Juli 1853 abgegebenen Erklärung das frühere Testament für ungültig zu achten sei, von selbst erledigen werde, sobald Beklagte den ihr auferlegten Beweis der Gültigkeit des spätern

Testaments erbringe, wogegen, wenn dies nicht der Fall sein sollte, in der Definitive zugleich mit darüber zu entscheiden sein würde, ob die Intestaterbfolge einzutreten habe, oder auf das ältere Testament zu recurriren sei. Es ist somit ein Eingehen auf diese Frage für jetzt vermieden und deren Beantwortung erst künftig in Aussicht gestellt worden, wenn Beklagte den ihr auferlegten Beweis ohne Erfolg versucht haben werde. Mit vollem Rechte macht jedoch Beklagte bei Ausführung ihrer neuerlichen Appellation hiergegen wiederholt geltend, daß die bemerkte Streitfrage präjudiciell sei. Denn jedenfalls würde das Vorhandensein des frühern Testaments, dessen gültige Errichtung von der Klägerin an sich nicht bestritten wird, den Anspruch der Kläger auf Zulassung zur Intestaterbfolge auch dann ausschließen, wenn das spätere Testament für ungültig zu achten wäre, weil, wie Kläger selbst zugeben und vorher gezeigt worden, ein späteres ungültiges Testament die Wirkung eines frühern gültigen nicht aufhebt, und es ist daher, ehe der Beklagten der Beweis der Gültigkeit des spätern Testaments auferlegt werden kann, vorher allerdings die Frage zu stellen, ob die Behauptung der Kläger, daß das frühere Testament durch Erklärungen der darin eingesetzten Erben — der Beklagten und ihres Ehemannes — unwirksam geworden, gegründet sei? indem erst nach Bejahung dieser Frage von der Nothwendigkeit eines Beweises der Gültigkeit des letzten Testaments die Rede sein kann, entgegengesetzten Falles aber die Unstatthaftigkeit des auf Eintritt der Intestaterbfolge gerichteten Suchens der Kläger ohne Weiteres sich ergeben würde, selbst wenn man denselben in der Ansicht, daß die Ungültigkeit des zuletzt errichteten Testaments bereits liquid vorliege und der Beweis des Gegentheiles der Beklagten gar nicht nachgelassen werden könne, welche zur Geltung zu bringen der Zweck ihrer dermaligen Appellation ist, beitreten könnte, was jedoch gegenwärtig ganz dahingestellt bleiben soll.

In der jetzigen Instanz hat man sich nun aber für die verneinende Beantwortung der obenbemerkten Vorfrage aus folgenden Gründen entschieden.

Auf die Erklärung der Beklagten und ihres Ehemannes v. 26. Juli 1853 ist schon an sich kein durchgreifendes Gewicht zu legen. Diese Erklärung erfolgte, nachdem der Beklagten unter Concurrenz deren Ehemannes bereits länger als 6 Monate früher

das später unterm 17. Decbr. 1852 von der verstorbenen P. errichtete, bis dahin unangefochten gebliebene Testament publicirt worden war, bei gelegentlicher Anwesenheit der R—schen Eheleute an Stadtgerichtsstelle zu L., woselbst die P. ihr früheres Testament nebst Codicill hinterlegt hatte, und besagt weiter etwas nicht, als daß Beklagte und deren Ehemann, als das bemerkte Stadtgericht von der Anwesenheit dieser beiden Personen an Gerichtsstelle Gelegenheit genommen hatte, denselben das bei ihm deponirte Testament der P. zu eröffnen, anführten: es habe die P. am 17. Decbr. 1852 ein anderweites Testament vor einer Deputation des K. Justizamtes S. errichtet und deponirt und darin die von ihr vorher errichteten letzten Willensverfügungen außer Kraft gesetzt. Diese Erklärung hält sich innerhalb der Schranken der blosen Relation einer den R—schen Eheleuten durch die am 7. Januar 1853 bei dem Justizamte S. erfolgte Publication des Testaments vom 17. Decbr. 1852 (in welchem allerdings ausdrücklich das frühere, von dem Stadtgerichte zu L. errichtete Testament widerrufen worden) bekannt gewordenen, an sich in Wahrheit beruhenden Thatsache, eine Verzichtleistung auf Rechte, welche durch das frühere Testament der P. für sie erwachsen, erscheint aber damit um so weniger ausgesprochen, als man aus der angeführten Herauslassung nicht einmal mit Sicherheit entnehmen kann, daß Comparenten überhaupt eine eigene Meinung darüber, ob das frühere Testament durch das später errichtete ungültig geworden sei, zu erkennen gegeben haben.

Erheblicher dagegen, wiewohl Kläger selbst dies nicht einmal ausdrücklich hervorgehoben haben, stellt sich die von der Beklagten unter Concurrenz ihres Ehemannes am 7. Januar 1853 nach Eröffnung des späteren, jetzt als ungültig angefochtenen Testamentes abgegebene Erklärung dar: daß sie dieses spätere Testament anerkennen und den Nachlaß ihrer Erblasserin angetreten haben wolle, und zwar dies, da der Erbschaftsantritt offenbar auf Grund eben dieses spätern, von der Beklagten anerkannten Testamentes erklärt worden, in Rücksicht auf die von den Klägern für sich angezogene l. 97. D. de adquir. vel omitt. hered. Clodius Clodianus etc.

Aus dieser Gesetzstelle geht hervor, daß allerdings in einem, dem vorliegenden, wenn man die klägerischer Seits behauptete

Ungültigkeit des zweiten Testaments der P. als erwiesen annimmt, sehr ähnlichen Falle, wo ein und derselbe Erbe in zwei, der Zeit nach verschiedenen Testamenten, von welchen das letztere später sich als ungültig ergab, eingesetzt worden, und die Erbschaft aus dem letzteren, von ihm für gültig erachteten Testamente antreten zu wollen erklärt hatte, der Jurist Papinian die Meinung ausgesprochen hat, der Erbe habe aus dem früheren — hierbei offenbar als gültig vorausgesetzten — Testamente die Erbschaft ausgeschlagen, aus dem späteren ungültigen könne er aber nicht antreten, daher die Sache so anzusehen, als ob der Erblasser ohne Testament verstorben sei, und daß nach dieser Meinung von dem kaiserlichen Gerichtshofe entschieden worden, während der Jurist Paulus die entgegengesetzte Ansicht, daß nämlich der Erbe, welcher in der Meinung gestanden, das letzte Testament sei gültig, die Erbschaft nicht ausgeschlagen habe, aufgestellt.

Wenn schon die Meinung des Papinian und die darauf gegründete Entscheidung in dem in der Gesetzstelle referirten Falle einige Vertheidiger gefunden hat (z. B. Caldera, Variar. lect. lib. 1. Cap. V. in Meermanni thesaur. III. pag. 598 sq. Schott l. c. pag. 74.), so hat doch die überwiegende Mehrzahl der Rechtslehrer, welche diese Stelle beleuchtet haben, von den Glossatoren an, der Ansicht des Paulus als nicht blos der billigeren, sondern auch mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und andern Aussprüchen in den Quellen allein vereinbaren, den Vorzug gegeben (vergl. die Accursische Glosse ad voc. intestatum ad h. t. Voet, Comment. ad Pand. lib. 29. tit. 2. §. 37. Tom. II. pag. 378. Jensius, strict. ad Inst Caes. Cod. ac Pand. Rotterd. 1741. pag. 204. Schulting, notae ad Dig. Tom. V. p. 150. Mühlenbruch in der Fortsetzung zu Glücks Commentar Thl. 38. S. 466 f. u. Thl. 43. S. 110. Franke, über Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen, im Archive für die civil. Praxis Bd. 19. S. 203 f. Sintenis, pract. gem. Civilrecht Bd. III. S. 667. not. 7.) und man ist hierbei theils von der Annahme, daß Papinian in der bemerkten Maße nur mit Hinsicht auf ein besonderes factisches Verhältniß im concreten Falle, welches von Paulus nicht ebenmäßig vorausgesetzt worden, sich ausgesprochen habe, eine grundsätzliche Verschiedenheit der Ansicht des ersteren von der des letzteren Juristen mithin nicht

einmal vorhanden sei (vergl. Franc. Duarenus, de adquir. her. Tit. V. Cap. IX. Jos. Finestres, de adq. vel omitt. hered. comment. academ. P. III. cap. l. §. 9. Voet l. c. Frankel. c.), theils davon ausgegangen, daß durch die Aufnahme des in Rede stehenden, aus den libris Decretorum des Paulus entlehnten Fragmente in die Justinianeischen Digesten nicht sowohl die Meinung Papinians und die mit derselben conforme Entscheidung des kaiserlichen Gerichtshofes, als vielmehr die Meinung des Paulus als die von Justinian gebilligte und daher gesetzlich bestehende angesehen werden müsse. (Vergl. Duaren l. c. Finestres l. c. Franke l. c.)

Bei dieser besonders in letzterer Hinsicht vorhandenen, und wenn man die von Justinian für die Abfassung der Pandecten erlassene Anordnung (Constit. Deo autore §§. 4. 6.) in Betracht zieht, nichts weniger als unerheblich sich darstellenden Zweifeln würde die jetzt erkennende Instanz sich allerdings um so weniger veranlaßt finden, dem in l. 97. D. de adquir. vel omitt. hered. referirten richterlichen Ausspruche in vorkommenden Fällen Anwendung zu geben, je unzweideutiger gerade in andern Gesetzstellen ein Irrthum des Erben über die Gültigkeit des Testamentes als ein Hinderniß der Repudiation bezeichnet wird (l. 17. D. pr. huj. tit. „nec is, qui non valere testamentum, aut falsum esse putat, repudiare potest“ — l. 8. C. de juris et fact. ignor. „cum errantis voluntas nulla sit“), was die Annahme, als habe der Erbe die Erbschaft aus dem früheren Testamente, welches von ihm, da er das spätere, aus welchem er antreten wollte, für gültig hielt, allerdings als aufgehoben angesehen werden mußte, ausgeschlagen, geradehin ausschließt, und je mehr es der Natur der Sache und den allgemeinen Regeln über Verzichtleistungen widerspricht, bei demjenigen, welcher die Erbschaft haben zu wollen ausdrücklich erklärt, eine Repudiation annehmen zu wollen, weil er sich über den eigentlichen Delationsgrund in Irrthum befunden und statt dieses einen andern für in Richtigkeit beruhend gehalten hat.

Im vorliegenden Falle ist es jedoch nicht einmal nöthig, diesen Gesichtspunkt zur Geltung zu bringen. Denn wie man auch am Ende über das gesetzliche Bestehen und die Begründung der in l. 97. D. de adq. vel omitt. her. angeführten Meinung des Papinian urtheilen mag, so viel scheint wenigstens außer Zweifel,

daß dabei vorausgesetzt worden, der Erbe habe bei der Antrittserklärung die Thatsache, daß zwei Testamente existirten und daß er in beiden eingesetzt sei, gekannt. (Vergl. Puchta, Pandect. §. 499. und dessen Vorlesungen, herausg. v. Rudorff 2 Bd. S. 396.) Denn für Erwerbung und Ausschlagung der Erbschaft besteht das gemeinschaftliche Erforderniß, daß nur das als deferirt Gewußte erworben und ausgeschlagen werden kann. In dieser Hinsicht stehen auch die Worte der oftgedachten l. 97. nicht entgegen, im Gegentheile scheinen sie indirect obige Voraussetzung anzudeuten. Nun ist aber, was den vorliegenden Fall anlangt, durchaus nicht zu ersehen, ob Beklagte zur Zeit, als ihr das spätere Testament eröffnet worden, das Vorhandensein des früher von der P. bei dem Stadtgerichte zu L. niedergelegten letzten Willens gekannt und gewußt habe, daß sie darin ebenfalls, wiewohl in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne, zur Erbin eingesetzt sei. An einem hierauf bezüglichen Anführen fehlt es in der Klage gänzlich. Hatte aber Beklagte zur Zeit, als sie ihre Absicht, aus dem zuletzt errichteten, von den Klägern als ungültig angefochtenen Testamente die Erbschaft antreten zu wollen erklärte, noch gar keine Wissenschaft von dem Vorhandensein des früheren Testamentes und davon, daß sie in diesem ebenfalls zur Erbschaft berufen worden, so würde es selbst nach der in der oftерwähnten Gesetzstelle angeführten Meinung des Papinian, bei welcher gedachtermaßen wenigstens die gleichzeitige Kenntniß von der Existenz und dem Inhalte beider Testamente vorauszusetzen, an jeglichem Grunde fehlen, eine Verzichtleistung auf das durch das früher errichtete Testament ihr deferirte Erbrecht anzunehmen. Die erst später erlangte Kenntniß von dem früheren Testamente kann der Natur der Sache nach nicht dazu benutzt werden, um in die vorher erfolgte Aditionserklärung auf den Grund des zweiten Testamentes den Sinn einer Verzichtleistung auf die Rechte aus ersterem zu bringen, vielmehr würde der Umstand, daß Beklagte späterhin von der Existenz und dem Inhalte der früheren letztwilligen Disposition der P. Kenntniß erlangt hat, selbst wenn man auf einen Irrthum über die Gültigkeit des zweiten Testamentes kein Gericht legen wollte, nur dann von Bedeutung werden können, wenn Beklagte nachher noch ihre Absicht, aus dem früheren Testamente nicht erben zu wollen, zu erkennen gegeben hätte, was aber, wie bereits oben gezeigt worden, aus der Erklä-

rung Bl. — (daß die P. durch ein späteres Testament das von dem Stadtgerichte zu L. errichtete außer Kraft gesetzt habe) nicht gefolgert werden kann.

Hierzu kommt, daß der Ehemann der Beklagten in dem früheren, unbestritten gültigen Testamente der P. als Miterbe berufen worden und daß diesem eine Antrittserklärung aus dem späteren Testamente, in welchem er gar nicht instituirt ist, nicht entgegenzuhalten ist, mithin, da ebensowenig in seiner Erklärung Bl. — eine Verzichtleistung auf seine Rechte aus dem früheren Testamente für den Fall, daß das spätere sich als ungültig erweisen sollte, sich finden läßt, auch das Recht nicht entzogen werden könnte, aus dem früheren Testamente noch Erbe zu werden, welchenfalls nach der Fassung §. 1. dieser Disposition sogar die Schlußbestimmung in §. 4. des (Erbfolge-) Mandats vom 31. Januar 1829 eintreten würde.

Wie daher in allen diesen Beziehungen die Existenz des früheren, unbestritten gültigen Testamentes der P., selbst wenn die Ungültigkeit des zweiten Testamentes unzweifelhaft wäre, dem Antrage der Kläger auf Eintritt der Intestaterbfolge entgegensteht, so hat auch bei dem gezeigten Mangel eines geeigneten Anführens in der Klage zur Beseitigung dieses Umstandes deren Suchen als in der angebrachten Maße unstatthaft verworfen werden müssen."

B. Zum Urthel 4. Instanz.

„Man ist in der gegenwärtigen Instanz den zu dem vorigen Urthel gegebenen Gründen durchgängig beigetreten und indem man daher auf das dort Gesagte im Allgemeinen sich bezieht, hält man nur nachstehende Bemerkungen hinzuzufügen für nöthig.

1) Die Kläger stellen Bl. — die Meinung auf, daß, da nach Sächs. Rechte die repudiatio hereditatis an keine Form gebunden sei, die von einem Erben beim Vorhandensein zweier Testamente abgegebene Erklärung, daß er das spätere anerkenne und aus solchem den Nachlaß antrete, einen Verzicht auf die Rechte aus dem früheren Testamente enthalte. Abgesehen nun aber selbst davon, daß hierin ein Umstand als existirend vorausgesetzt wird, der in dem vorliegenden Falle fehlt, nämlich die Kenntniß des Vorhandenseins zweier verschiedener Testamente, so erledigt sich die Ansicht der Kläger durch den von der vorigen Instanz gelieferten Nachweis, daß ein späteres Testament, welches ungültig ist, ein füheres Testament nicht zu rumpiren vermag,

und die Erwägung, daß, wie von Franke im Archiv für die civ. Praxis Bd. 19. S. 207 flg. näher gezeigt worden ist, aus einem Irrthume des Erben über die Gültigkeit des späteren Testamentes ein Verzicht auf die Rechte aus dem früheren Testamente nicht zu folgern ist.

2) Die vorige Instanz bemerkt, nach Relation der verschiedenen Erklärungen der l. 97. D. de adquir. vel omitt. hered. daß, wie man auch diese Gesetzstelle verstehen möge, so viel außer Zweifel beruhe, daß, wenn aus dem Nachlaßantritte des Erben aus dem späteren Testamente auf eine Verzichtleistung auf die Vortheile aus dem früheren Testamente geschlossen werden solle, dabei vorauszusetzen sei, das der Erbe bei dem Nachlaßantritte um die Existenz zweier Testamente und um den für ihn günstigen Inhalt beider letztwilliger Verfügungen gewußt habe. Dem hat man schon nach den allgemeinen Grundsätzen über den Verzicht beizutreten gehabt, und indem man der Ausführung Bl. —, daß die Kläger auf die angegebene Voraussetzung sich in ihrer Klage nicht bezogen haben, auch sonst das Vorhandensein dieser Voraussetzung nicht bewiesen sei, beipflichtet, erwähnt man nur noch, daß zwar die Kenntniß des Erben von der Existenz zweier Testamente eine wesentliche Bedingung des in einem solchen Falle anzunehmenden Verzichtes bildet, dadurch aber, daß wegen des Nichtvorhandenseins dieser Bedingung eine Repudiation der Beklagten für ausgeschlossen angenommen wird, keineswegs ausgesprochen werden soll, daß, wenn die Kläger ihre Klage nach dieser Seite hin zu vervollständigen vermöchten, anders, als geschehen, zu erkennen sein würde.

3) Die Kläger kommen Bl. — auf ihre Behauptung zurück, daß die Erklärung, welche die Beklagte bei Publication des ersten Testamentes Bl. — abgegeben hat, auch selbst abgesehen von dem für dieselbe Ansicht aus dem Anerkenntnisse des zweiten Testamentes hergeleiteten Momente, eine Verzichtleistung auf das Erbrecht aus dem ersten Testamente involvire. Hierüber hat jedoch die vorige Instanz sich bereits so ausführlich und gründlich ausgesprochen, daß man, den dort gemachten Bemerkungen etwas hinzuzufügen, sich durch das neuerliche Vorbringen der Kläger nicht veranlaßt gefunden hat.

4) Wollte man selbst von allen übrigen Gründen, welche die vorige Instanz gegen die Schlüssigkeit der Klage geltend

gemacht hat, absehen, so würde doch wenigstens der Bl. — hervorgehobene, aus der in dem ersten Testamente enthaltenen Erbeinsetzung des Ehemannes der Beklagten entnommene schon allein entscheidend sein. Denn hieraus folgt, daß wenigstens die Kläger kein Erbrecht haben, wenn auch selbst die Beklagte ihrer Rechte für verlustig angesehen werden sollte. Die von den Klägern angestellte Klage ist aber eine hereditatis petitio und bei dieser ist die Frage, ob der Kläger wirklich Erbe sei, der eigentliche Kern des Streites, auf den die richterliche Entscheidung zunächst gerichtet werden muß und über den das richterliche Urtheil sich auszusprechen hat, bevor von einer Verbindlichkeit des verklagten Besitzers der Erbschaft die Rede sein kann.

Unter diesen Verhältnissen war das vorige Urthel lediglich zu bestätigen."

Präjudizien.

70.

Die von verpflichteten Thierärzten ausgestellten Zeugnisse sind den öffentlichen Urkunden nicht beizuzählen.

„Der dem Kläger in dem rechtskräftigen Interlocut Bl. — auferlegte Beweis der Thatsache:

„daß das von ihm dem Beklagten abgekaufte Pferd an dem
„Dummkoller leide und zur Zeit des Handels schon an diesem
„Fehler gelitten habe",

ist auf die Bl. — im Originale befindliche Urkunde gestützt.

Diese Urkunde ist schon in dem Definitiv-Erkenntnisse als eine öffentliche Urkunde nicht angesehen worden, da dieselbe für eine von Beklagtem anerkannte erachtet worden ist. Sie ist aber auch in Wirklichkeit keine öffentliche Urkunde; denn unter dieser kann nur eine solche verstanden werden, welche von der zu Ausstellung einer Urkunde berechtigten, mit öffentlichem Glauben versehenen Behörde oder Person innerhalb ihres Wirkungskreises in der gesetzlich vorgeschriebenen Form ausgestellt ist; insbesondere ist dazu bei einzelnen Personen, deren Zeugnisse diese Eigenschaft haben sollen, eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich, wie dies z. B. der Fall ist bei Pfarrern in Bezug auf Geburten, Taufen, Trauungen 2c., bei Mäklern in Bezug auf Schlußzettel 2c.

Wenn nun schon die Bezirks-Thierärzte den wirklichen Behörden beizuzählen sind und daher die Zeugnisse derselben volle Beweiskraft haben,

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. VIII. Bd. pag. 92.

so fehlt es doch an einer gesetzlichen Bestimmung, welche anderen Thierärzten, auch wenn sie verpflichtet sind, diese Eigenschaft beilegt. Solche Thierärzte stehen daher gleich andern Personen, welche zwar in öffentlichen Pflichten stehen, aber gleichwohl, wenn sie in Civilprocessen Thatsachen beurkunden sollen, als Zeugen, und wenn sie diese Thatsachen auch begutachten sollen, als sachverständige Zeugen bei den abzufassenden Artikeln zu denominiren und darüber, wie über etwaige Fragstücke des Gegners abzuhören sind, wie dies z. B. bei

Aerzten, Hebammen, Sachwaltern ꝛc. der Fall ist. Nur die Frage kann hierbei entstehen: — und auf solche ist auch der in erster Instanz erwähnte Satz zu beschränken —, ob es bei einer solchen Abhörung bereits verpflichteter Personen einer nochmaligen Vereidung bedürfe, um ihren Angaben vollen Glauben zu verschaffen?

Das Bl. — ausgestellte Zeugniß ist aber keine von einem Bezirksthierarzte ausgestellte Urkunde, indem sowohl das beigedrückte Siegel sich nicht als das Siegel einer öffentlichen Behörde prädicirt, als auch die Unterschrift als den Aussteller nur den verpflichteten Thierarzt für den 12. Medicinalbezirk Namens Benedict B., welcher —, wie noch überdies das vom Königl. Ministerium des Innern besorgte Staatshandbuch für das Königreich Sachsen auf das Jahr 1854 nachweist —, nicht die Functionen eines Bezirksthierarztes für den 10. 11. und 12. Medicinalbezirk des Zwickauer Kreisdirectionsbezirkes über sich hat.

Die Urkunde Bl. — ist also nach ihrer äußern Beschaffenheit keine öffentliche; und diese äußere Beschaffenheit allein kann bei Beurtheilung der Resultate des Beweises maßgebend sein, da jedes andere Beweismittel für das Erbringen des Letzteren nicht brauchbar ist, und etwaige Lücken natürlich nicht durch spätere, gegenwärtig ohnedem ermangelnde Nachweise ergänzt werden können.

Geht aber der Urkunde Bl. — der Charakter der Oeffentlichkeit ab, dann ist sie nichts als das unbeschworne Zeugniß einer Privatperson und entbehrt der Beweiskraft.

Wollte man auch annehmen, daß diese Privatperson wirklich eine verpflichtete sei, und es einer nochmaligen Vereidung derselben nicht bedurfte habe, so würde doch der vom Kläger eingeschlagene formelle Weg der Beweisfürung niemals zu einem für ihn günstigen Resultate haben führen können, da die in dem Zeugnisse Bl. — abgegebenen Versicherungen immer nur als einseitige gelten könnten, während nach dem Obigen nöthig gewesen wäre, den genannten Thierarzt als sachverständigen Zeugen zu den besonders abzufassenden Beweisartikeln zu denominiren, um insbesondere auch dem Beklagten Gelegenheit zu verschaffen, durch ebenmäßige Benennung eines Sachverständigen oder durch Einreichung geeigneter Fragstücke einseitigen Angaben und unmotivirten Urtheilen zu begegnen, wozu der Beklagte im vorliegenden Falle um so mehr Anlaß hatte, als der Aussteller des Zeugnisses eine Angabe der Merkmale und Krankheitserscheinungen, denen zu Folge das in Frage befangene Pferd als am Dummkoller zweiten Grades leidend bezeichnet worden, gänzlich unterlassen hat und überhaupt sein Urtheil der Motivirung entbehrt.

Der Beweis des Klägers stellt sich daher schon als in der formellen Anlage verfehlt dar, das vorige Erkenntniß war sonach auch lediglich zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Ernst Julius M.'s gegen Johann Gottlob M., vom Monat Januar 1856.) L.

71.

Die Darlehnsqualität einer Zahlung kann auch aus den Nebenumständen gefolgert werden.

„Obschon die vorliegende Klage in mancher Beziehung etwas bestimmter hätte abgefaßt werden können, so sind doch die gegen dieselbe erhobenen Ausstellungen nicht von der Art, daß Klägers Suchen durchgehends in der angebrachten Maße abgewiesen werden müßte.

Zunächst ist zu bemerken, daß, wie auch in den vorigen Instanzen nicht in Zweifel gezogen worden ist, eine Klage auf Anerkenntniß der libellirten Darlehne als solcher als vollkommen zulässig erscheint. Denn, da Beklagter in seiner Einlassung sowohl den Empfang als namentlich auch die Darlehnsqualität der Bl. — gedachten Summen bestritten und behauptet hat, daß dasjenige, was er, obwohl in anderen als den soeben erwähnten Summen im Laufe des Jahres 1853 von seiner Mutter empfangen, ihm nicht als Darlehn, sondern ausdrücklich als elterliche Mithülfe ausgehändigt worden sei, so ist dem Kläger Recht zu geben, wenn er ein wesentliches Interesse daran zu haben anführt, daß über diese Streitfragen noch bei seinen Lebzeiten entschieden und auf diese Weise künftigen Streitigkeiten unter seinen Erben vorgebeugt werde. Daß in anderer Beziehung, namentlich in Bezug auf den geforderten Eintrag der libellirten Darlehne auf Beklagtens Folium das Petitum einer Modification und Berichtigung zu unterliegen habe, ist Bl. — bereits bemerklich gemacht worden.

Hiernächst hat

a.,

Kläger in Ansehung der Bl. — gedachten 200 Thlr. angeführt, daß ihn der Beklagte im Monat Juli 1853 um ein Darlehn gebeten und er demselben versprochen habe, ihm 200 Thlr. darzuleihen, „welche Summe der Beklagte auch einige Tage später und noch im Laufe des Monats Juli 1853 durch Klägers Ehefrau ausgezahlt erhalten habe." Nach dem Zusammenhange, in welchem die letzteren Worte mit dem unmittelbar vorhergehenden Satze stehen, enthalten dieselben wenigstens die Behauptung mit hinreichender Deutlichkeit, daß die Ehefrau des Klägers eine Summe von 200 Thlrn. im Auftrage und im Namen des Klägers an den Beklagten bezahlt habe. Ist dies aber geschehen, und beruht es ferner in Wahrheit, daß kurz vorher der Kläger dem Beklagten ein Darlehn von gleichem Betrage zugesagt hatte, so muß auch vorausgesetzt werden, daß Kläger mit der Zusendung der fraglichen 200 Thlr. an den Beklagten die diesem letzteren gegebene Zusage erfüllt und Beklagter die empfangenen 200 Thlr. als das ihm zugesicherte Darlehn angenommen habe, — ohne daß es zu diesem Behufe noch einer besonderen Erklärung bei der Auszahlung selbst bedurfte. Ob nun schon in diesen Erwägungen auf den angetragenen und stillschweigend

angenommenen Eid zu erkennen war, so ist doch letzterer, den eventuellen Anträgen des Beklagten gemäß, theils nicht auf alle in die Eidesnotul cumulativ aufgenommene Thatsachen zu richten, theils nur in alternativer Weise dem Beklagten aufzuerlegen gewesen. Denn es sind in der Klage zwei, der Zeit nach getrennte Thatsachen angeführt worden, welche beide bewiesen werden müssen, wenn der Anspruch des Klägers auf Anerkennung der streitigen 200 Thlr. als eines dem Beklagten von ihm gewährten Darlehns gerechtfertigt erscheinen soll: einmal das Versprechen eines Darlehns (das pactum de mutuo dando) und dann die Erfüllung desselben durch Auszahlung der in dieser Qualität zugesagten Geldsumme, durch welche zugleich der Darlehnsvertrag selbst (das mutuum) zu rechtlicher Existenz und Perfection gelangte.

Hat die behauptete Verabredung eines Darlehns nicht stattgefunden, so verliert die behauptete Auszahlung der fraglichen 200 Thlr. durch Klägers Ehefrau für den gegenwärtigen Rechtsstreit deshalb ihre Bedeutung, weil bei dem zwischen Vater und Sohn stattfindenden Verhältnisse aus der Auszahlung einer Summe Geldes an den letzteren, mag sie vom Vater selbst oder durch eine dritte Person als dessen Mandatar erfolgt sein, noch keineswegs die Darlehnseigenschaft dieser Geldsumme gefolgert werden kann; und andererseits versteht es sich von selbst, daß die Auszahlung des zugesagten Darlehns vor allen Dingen eingetreten sein muß, bevor von dem Dasein und Anerkenntniß eines Darlehnsvertrags die Rede sein kann. Das gleichzeitig erwähnte Empfangsbekenntniß und Zinsversprechen ist zu allgemein gehalten, als daß es ohne Hinzutritt der behaupteten Darlehnszusage ein sicheres Anhalten für Beantwortung der Frage darbieten könnte, ob die an den Beklagten ausgezahlten 200 Thlr. die Eigenschaft eines demselben von seinem Vater verabreichten Darlehns haben; ob aber eine Zinsverbindlichkeit des Beklagten begründet sei, wenn die Darlehnseigenschaft des Kapitals anzunehmen wäre, darüber würde erst dann zu cognosciren sein, wenn Beklagter in der erkannten Maße nicht zu schwören vermöchte. Gegenwärtig war also auf dieses Zinsversprechen und den auch hierüber angetragenen Eid noch nicht einzugehen.

b.,

Die ferner Bl. — gedachten 150 Thlr. soll der Beklagte im Monat October 1853 im Beisein eines gewissen H. in Empfang genommen und es sollen dieselben in einem Darlehn bestanden haben, welches dem Kläger selbst erst von dem Bl. — genannten R. verabfolgt worden sei. Klägers Anführen kann hier nicht anders verstanden werden, als daß Beklagter bei der Auszahlung dieses Darlehns zugegen gewesen sei, und die für seinen Vater bestimmten Gelder sofort in Empfang genommen, also ausgehändigt erhalten habe, und dies genügt, wenn sich nur sonst annehmen läßt, daß Beklagter das empfangene Geld als ein von seinem Vater ihm bewilligtes Darlehn

erhoben habe. Hier nun bezieht sich Kläger allerdings nicht darauf, daß ihn der Beklagte um ein Darlehn, sondern daß er ihn um eine Unterstützung gebeten habe. Wäre infolge dieser Bitte und ohne weitere Bestimmung die fragliche Summe an Beklagten ausgezahlt worden, so könnte dieselbe ebensogut eine väterliche Mithülfe, als ein Darlehn sein. Kläger hat aber auch mit genügender Bestimmtheit behauptet, daß ihm der Beklagte die Verzinsung dieser 150 Thlr. versprochen habe, und dieses Versprechen weist, wenn nicht etwas anderes ausdrücklich verabredet worden ist, auf die Darlehnseigenschaft des zu verzinsenden Kapitals hin. Auch hier also war die Klage aufrecht zu erhalten, der angetragene Eid aber, wie sich aus vorstehenden Bemerkungen von selbst ergiebt, ebenfalls alternativ abzufassen, da schon die eidliche Ablehnung der einen oder der anderen Thatsache den Anspruch des Klägers beseitigt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Johann Gottlieb F.'s gegen Friedrich August F., vom Monat Januar 1856.) L.

72.

Ueber die Theilbarkeit der Aecker, Wiesen und Waldungen.

„Mit Recht haben die vorigen Instanzen auf den aus den Zeitverhältnissen entnommenen Einwand Beklagtens einigen Werth nicht gelegt, denn auf Privatrechte, wie sie hier in Frage kommen, können, insofern nicht durch Gesetz oder Vertrag etwas Anderes ausdrücklich bestimmt ist, die Zeitverhältnisse, welche doch nur zu den Zufälligkeiten gehören, keinen Einfluß äußern, und es braucht daher derjenige, welcher Anspruch auf Theilung eines Grundstückes hat, mit der Geltendmachung eines solchen Rechtes sich nicht wider seinen Willen auf entferntere, günstigere Zeiten verweisen zu lassen.

Ebenso ist der fernere Einwand Beklagtens, daß Kläger von dem am 6. September 1851 hinsichtlich der Theilung des Bauergutes zu G. getroffenen Abkommen nicht eher zurücktreten könne, als bis alle gesetzlich zulässige Mittel, die erforderliche Dispensation zu erlangen, erschöpft seien, in dieser Hinsicht aber noch immer der Weg der Beschwerdeführung gegen die abschlägliche Bescheidung der Kreisdirection offen stehe, aus den bereits von der vorigen Instanz angeführten, ganz richtigen Gründen nicht zu berücksichtigen gewesen.

Zu welchem Zwecke dem Beklagten der Beweis seiner Behauptung, daß er lediglich unter der Voraussetzung und Bedingung in die Theilung der sogenannten wüsten Hufe in N—'r Flur eingewilligt habe, daß auch jenes Bauergut in G. getheilt werde, nachzulassen sei, ist in der That nicht abzusehen, da Kläger ja auch die Theilung des Bauergutes verlangt und dieses Verlangen für vollständig begründet zu achten gewesen ist.

Was aber jenes walzende Grundstück, die wüste Hufe, betrifft, welches aus Wiese und Kieferhochwald besteht, so sind beide vorige Instanzen von der Ansicht ausgegangen, daß eine physische Theilung dieses Grundstückes möglich sei und es hat namentlich die zweite Instanz in ihren Entscheidungsgründen in dieser Hinsicht ausführlich sich geäußert und dabei Andeutungen gegeben, in welcher Maße die Theilung zu bewerkstelligen und zu ermöglichen sein werde. In dieser Hinsicht kann man ihr nicht allenthalben beitreten.

Die Frage: ob eine Sache natürlich theilbar sei, wird besonders dann von Wichtigkeit, wenn bei der Theilung mehrere Personen sich gegenüber stehen und es sich dabei vom Rechte und von der rechtlichen Ausgleichung handelt. In einem solchen Falle bestimmt sich die Theilbarkeit der Sache nicht ausschließlich nach dem, was nach physischen Gesetzen an sich möglich ist, sondern nach der Möglichkeit einer Theilung, unbeschadet des Wesens und Werthes der Sache. In diesem Sinne ist also die Sache nur dann physisch theilbar, wenn sie, unbeschadet ihres Wesens und Werthes, dergestalt in Theile zerlegt werden kann, daß jeder abgetrennte Theil für sich ein solches Ganzes bildet, in welchem das frühere Ganze wieder in seinem Wesen, nur verhältnißmäßig gemindert, erscheint.

von Wächter, über Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte, im Archiv f. civil. Prax. Bd. XXVII. S. 172 flg.

Die Quellen drücken dies dadurch aus, daß sie eine Sache für physisch theilbar erklären, quae commode, sine suo periculo, sine damno, sine injuria dividi potest.

Vergl. L. 1. und 3. C. commun. div. (III. 37.)
L. 34. §. 2. C. de donat. (VIII. 54.)
§. 5. I. de off. jud. (IV. 17.)
L. 26. §. 2. D. de legat. I.

Nach diesen Grundsätzen sind auch einzelne Grundstücke, wie Aecker, Wiesen, Waldungen ꝛc. in der Regel in der angegebenen Weise natürlich theilbar und die Präsumtion spricht auch für eine solche Theilbarkeit des hier in Rede stehenden walzenden Grundstücks. Daher ist die Condemnatoria, wie sie im Bescheide ausgesprochen ist, ganz gerechtfertigt. Daß die Sachverständigen, welche diese Theilung bewirken sollen, auf die Bonitätsverhältnisse besondere Rücksicht zu nehmen haben, versteht sich von selbst; auch haben dies beide vorige Instanzen schon hervorgehoben. Nebenbei aber wird das Hauptaugenmerk der Sachverständigen auch darauf gerichtet werden müssen, ob die physische Theilung so ausführbar sei, daß, der Theilung ungeachtet, das Wesen des Grundstücks in jedem der zu machenden zwei Theile erhalten werde und der Werth jeden Theiles nur eine verhältnißmäßige Minderung erleide. Ob dies namentlich dann noch möglich sein werde, wenn sich finden sollte, daß wegen der verschiedenartigen Beschaffenheit und Güte des Bodens oder aus anderen

Gründen das Ganze in mehrere einzelne, räumlich vielleicht nicht einmal zusammenhängende Bestandtheile zerlegt werden müßte, dies zu beurtheilen, muß den Sachverständigen überlassen werden; allerdings würde aber von einer physischen Theilung, wie Kläger sie verlangt hat, dann nicht mehr die Rede sein können, wenn die Sachverständigen zu dem Resultate gelangen sollten, daß eine solche Theilung ohne Vernichtung des Wesens und ohne unverhältnißmäßige Minderung des Werthes des Grundstückes nicht möglich sei; es würde dann ein anderer Theilungsmodus eintreten müssen. Welcher andere Weg aber dann zur Erreichung des Zweckes einzuschlagen sein werde, ist eine Frage, von deren definitiver Beantwortung und Entscheidung die zweite Instanz noch zur Zeit abgesehen hat, und in der That ist ihr hierin um so mehr beizupflichten, als die Präsumtion eben dafür spricht, daß eine physische Theilung möglich sei. Auch das Oberappellationsgericht findet in dieser Beziehung vor der Hand keine Veranlassung zu einer Abänderung der Entscheidung; doch mag nicht unbemerkt bleiben, daß ein besonderes Bedenken zur Zeit sich nicht auffinden läßt, warum dann nicht auch hinsichtlich dieses Grundstückes, insofern die Parteien nicht selbst über den modus der Theilung sich vereinigen könnten, dieselben Grundsätze maßgebend werden sollten, von welchen die vorige Instanz in Bezug auf die Theilung des Bauergutes zu G. bei ihrer Entscheidung VI. — ausgegangen ist. Jedenfalls wird nach Abgabe des Gutachtens der Sachverständigen das Gericht in der fraglichen Beziehung Resolution zu fassen haben."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Friedrich Gottlieb K's. gegen Johann Heinrich K., vom Monat Januar 1856.) L.

73.

Verzugs- und Legalzinsen können auch ultra alterum tantum gefordert werden.

„Nach Sächs. Praxis können Verzugs- und Legalzinsen auch dann gefordert werden, wenn sie den Betrag des Kapitals überstiegen haben, ohne daß es zu diesem Behufe einer vorherigen gerichtlichen Interpellation bedurfte,

Haubold, sächs. Privatr. §. 270.
Curtius, Civilr. §. 1182.
Kind, quaest. T. IV. 47. ed. II.
Gottschalk, Disc. II. 9. in f. pag. 99.
Berger, Oeconom. Jur. Lib. III. Tit. 8. th. 10. not. 3, 4, 5.

Die Decision 28. v. J. 1661 steht auch dieser Praxis nicht entgegen, da sie, wie von

Bauer, die churfürstl. Decision. Bd. 1. S. 190.

gezeigt worden, nur auf verschriebene, also vertragsmäßige Zinsen, nicht aber auf solche sich bezieht, welche aus anderen Rechtsgründen gewährt werden müssen.

Endlich war auch im vorliegenden Falle die Bestimmung der Decision 15. v. J. 1746, nach welcher das interesse morae von Kram- und anderen Waaren, wenn nicht ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt, oder früher geklagt worden, vom Ablauf des sechsten Monats an beginnen soll, deshalb nicht anzuwenden, weil nach Angabe des Klägers Bl. — ausdrücklich bedungen worden ist, daß die Zahlung sofort bei der Uebergabe der Waaren erfolgen, also Credit nicht ertheilt werden sollte."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Alexander M.'s gegen Carl Gottlieb Th., vom Monat Januar 1856.) L.

74.

Zur Bürgschaft der Ehefrau für den Ehemann ist nicht schlechterdings die ausdrückliche Genehmigung der Bürgschaft Seiten des Ehemannes erforderlich.

„Es hing in vorliegendem Falle — man sehe die Klage Bl. —, deren Beilage Bl. —, und Mitbeklagter Vorbringen Bl. — die Entscheidung hauptsächlich von Beantwortung der Frage ab: ob, wenn eine Ehefrau sich für den Ehemann verbürgt,

1) des letzteren ausdrückliche Genehmigung der Bürgschaft nicht erforderlich, sondern auch eine stillschweigende ausreichend sei, und
2) ob anzunehmen sei, daß Beklagter in die von Mitbeklagter für ihn übernommene Bürgschaft stillschweigend eingewilligt habe.

Beide Fragen sind in den dem Bescheide beigegebenen und in den dem Urthel inserirten Rationen mit Recht affirmativ beantwortet. Letztere angehend, findet man sich zu folgenden Bemerkungen veranlaßt:

Die Bl. — allegirten Gesetzstellen verstatten

a.,

entweder überhaupt keine Anwendung auf vorliegenden Fall, oder

b.,

sie betreffen, wie auch Mitbeklagte geäußert, Verhältnisse, von denen auf das in Frage stehende sich nicht mit Sicherheit schließen läßt.

Ersteres gilt von der l. 6. D. de SC. Macedon. (XIV. 6.), welche connex mit den unmittelbar vorhergehenden l. 3. §. 4., l. 4. und 5. eod. ist. Sämmtliche nur angezogene Stellen beziehen sich auf den Fall, wo der status eines Erborgers gewechselt hat, das Schuldbekenntniß desselben und die Zahlung des Darlehns nicht gleichzeitig erfolgt sind, sondern einer dieser Acte, als der Erborger sich in väterlicher Gewalt, die andere, als derselbe sich nicht in väterlicher Gewalt befand, Statt gefunden hat.

Letzteres gilt

von der l. 5. C. de nuptiis (V. 4.), nach welcher der Schwie-

gervater die Kinder seiner Schwiegertochter als seine Enkel anzuerkennen hat, dafern er der Verheirathung seines in väterlicher Gewalt stehenden Sohnes mit der Schwiegertochter, nachdem sie ihm bekannt geworden, nicht widersprochen hat, ferner

von der l. 7. §. 1. D. de spons. (XXIII. 1.), welche ausspricht: intelligi semper sponsalibus filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat; und endlich

von der l. 2. pr. D. ad municip. (L. 1.), nach welcher der Vater, wenn in seiner Gegenwart, und ohne daß er widersprochen, der Sohn zum decurio ernannt worden, obstrictus est quasi fidejussor pro filio, si praesens nominationi non contradixerit.

Indeß um nichts weniger stellt die Entscheidung erster und zweiter Instanz sich als gerechtfertigt dar, und dies zwar in Betreff der Frage unter 2., auch aus den dem Urthel 2. Instanz inserirten Gründen, namentlich in Betracht der Bl. — angezogenen Gesetzstellen, unter welchen insonderheit der Ausspruch in l. 60. D. de R. J. semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur evidentest belegt, was damit gegen Mitbeklagte hat sollen belegt werden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen E. R. S.'s gegen E. G. L., vom Monat Januar 1856.) L.

75.

Der außereheliche Schwängerer kann nicht gezwungen werden, das außereheliche Kind als von ihm erzeugt anzuerkennen und eine diesfallsige Erklärung vor Gericht abzugeben.

„Daß die Cognition darüber, ob ein uneheliches Kind den Namen des Vaters oder der Mutter zu führen, und die Eintragung des einen oder der anderen in das betreffende Kirchenbuch zu erfolgen habe, den Verwaltungsbehörden zustehe, ist bereits Bl. — unter Beziehung auf §. 9. des Gesetzes sub. A. vom 28. Januar 1835 bemerkt worden. Nun kommt es allerdings nach Inhalt der vorliegenden Klage nicht auf die Entscheidung einer dieser Fragen, sondern vielmehr besage des petiti darauf an, daß Beklagter das in der Klage erwähnte Kind als von ihm erzeugt anzuerkennen, und eine dießfallsige Erklärung vor Gericht abzugeben schuldig sei; in welcher Hinsicht angeführt worden ist, daß Beklagter mit der Klägerin innerhalb der gesetzlich bestimmten Conceptionszeit sich geständlich außerehelich vermischt habe, in dessen Folge selbige von dem bezeichneten Kinde entbunden worden, demnach, und weil sie überhaupt mit einer anderen Mannsperson nicht zu thun gehabt, Beklagter als Vater gedachten Kindes zu betrachten, und Klägerin berechtigt sei, letzterem den Namen des ersteren beizulegen; allein dieses Vorbringen erscheint offenbar nicht geeignet, das obige Klaggesuch zu rechtfertigen. In dem Mandate vom 12. November 1828 §. 5. ist die exceptio congressus cum

pluribus der Geschwächten gegenüber für unbeachtlich erklärt worden. Daraus, daß der in Anspruch genommene Schwängerer die Vollziehung des Beischlafs während der gesetzlich normirten Zeit einräumt, folgt daher immer noch nicht, daß er nun auch schlechterdings als Vater des Kindes zu betrachten, und dasselbe seinen Namen zu führen befugt sei, sondern nur die Verbindlichkeit zur Alimentation des Kindes nach den in dem angezogenen Mandate aufgestellten Grundsätzen. Ließe es sich aber demungeachtet denken, daß eine speciell hierauf gerichtete Zusage zu Abgabe einer Erklärung, wie sie Klägerin verlangt, im Rechtswege geltend gemacht werden könnte, so ist es doch ohnstreitig unstatthaft, eine dahin abzweckende Klage blos auf ein außergerichtliches Bekenntniß des coitus und die Verneinung, daß die Mutter sich mit Mehreren eingelassen habe, zu stützen, da eben daraus nur die Verpflichtung des Beklagten zur Erfüllung der ihm gesetzlich obliegenden Leistungen hervorgehen würde, zu diesen aber eine Erklärung der Art, wie sie von der Klägerin gefordert worden, keineswegs gehört. Der Einwand derselben, daß ihr nach heutigem Rechte nicht abgesprochen werden könne, zu dem angegebenen Zwecke wegen Anerkennung der Vaterschaft klagend aufzutreten, erscheint demnach, ganz abgesehen davon, ob die Geltendmachung des fraglichen Anspruchs nicht ohnehin blos durch einen Vormund des Kindes zu bewirken gewesen wäre, nicht begründet."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen G. B.'s gegen B. v. K., vom Monat Januar 1856.) L.

76.

Die §§. 72. bis 75. des Executionsgesetzes leiden in den Fällen keine Anwendung, wo es sich um die Verbindlichkeit zur Herausgabe der Nutzungen eines Grundstückes handelt.

„Die Bestimmungen in den §§. 72. bis mit 75. des Executionsgesetzes haben speciell nur diejenige Branche des Vollstreckungsverfahrens im Auge, wo der Schuldner bestimmte bewegliche Sachen — zur Unterscheidung von der Verpflichtung zu Bezahlung einer Geldschuld oder zu Vornahme einer Handlung oder zu Abtretung eines Grundstückes — herauszugeben verbunden ist, sei es eine einzelne bestimmte Sache, z. B. eine speciell bezeichnete Kuh, oder eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, z. B. eine Kuh aus einer Heerde, oder endlich eine Gesammtheit beweglicher Sachen, wovon alle einzelne weder dem Obsiegenden noch dem Gerichte bekannt sind, z. B. eine vom Kläger in Bausch und Bogen erkaufte Bibliothek, rücksichtlich deren der Käufer vielleicht einen großen Theil der Bücher, nicht aber alle einzelne dazu gehörigen Bücher kennt.

Wenn daher es sich um die Verpflichtung eines in Uebergabe des veräußerten Grundstücks säumigen Verkäufers zu Herausgabe der

gezogenen Nutzungen, eingeernteten Früchte ꝛc. handelt und diesem hierbei zugleich zu gestatten gewesen, etwa bezahlte Abgaben, Capitalzinsen und sonstige nothwendige Verwendungen in das Grundstück in Gegenrechnung zu stellen, so kann die Bestimmung in §. 75. des Executionsgesetzes und die darin nachgelassene Verfügung an den Schuldner zu gleichzeitiger Herausgabe eines Verzeichnisses der beweglichen Sachen nicht zur Anwendung gebracht werden.

Denn zunächst handelt es sich hier, wenigstens zum Theil, um Herausgabe einer Geldsumme, deren Betrag erst mit Beendigung des Defecturverfahrens festgestellt wird, während §. 75. nur von Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen in dem oben hervorgehobenen engeren Sinne handelt; weiter kann, weil der Betrag der Nutzungen erst auf dem Ergebnisse der Rechnungsablegung und deren Prüfung beruht, dem Schuldner nicht aufgegeben werden, die Nutzungen und Früchte gleichzeitig mit dem von ihm anzufertigenden Verzeichnisse — worunter das Gesetz ohnedem nicht eine Berechnung, sondern nur eine Consignation bestimmter beweglicher Sachen, deren Herausgabe allein in Frage ist, verstanden haben kann — herauszugeben.

Sonach fehlt es auch an der Berechtigung, das in §. 75. geordnete Präjudiz gegen den Beklagten eintreten zu lassen, und eine dieserhalb erlassene Auflage mußte daher wirkungslos sein, woraus die Unstatthaftigkeit der Auflage von selbst folgt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen G.J.H.'s gegen Friedrich Wilhelm F., vom Monat Januar 1856.) L.

77.

Ueber die Verbindlichkeit des Cedenten, die Bonität des cedirten nomen zu prästiren.

„Es kann dahin gestellt bleiben, ob und inwieweit, namentlich auch mit Beziehung auf die causa cessionis der Cedent dem Cessionar für die Güte der Forderung zu haften habe? da darüber nicht der mindeste Zweifel obwaltet, daß an sich der Cedent dann nicht verhaftet ist, wenn der debitor cessus erst nach Eintritt des zur Cession einer bestimmten Forderung verpflichtenden Rechtsgeschäfts insolvent geworden ist. Denn von dem Augenblicke an, wo eine Verpflichtung auf die Leistung einer species zur Existenz gelangt, trägt der Gläubiger die Gefahr, wenn der Gegenstand dieser bestimmten Leistung durch casus untergeht oder verschlechtert wird; die später eintretende Insolvenz des Schuldners ist aber als Deterioration der Forderung zu betrachten.

Diese schon den allgemeinen Rechtsprincipien entsprechenden Sätze finden speciell auch Bestätigung in der

l. 96. §. 2. Dig. de solutionibus et liberationibus (46. 3.), wonach auf die mit einem Legate bedachte Person, welche die Befriedigung in Ueberweisung eines dem Erben gegen einen Dritten zustän-

digen Außenstandes angenommen, die Gefahr des letzteren übergegangen ist, obgleich keine Delegation stattgefunden, und keine Befreiung des Erben erklärt worden ist.

cfr. Schliemann, die Haftung des Cedenten, Rostock 1848 pag. 73 flg.

Wenn nun Beklagter bereits im Juli 1853 Eigenthümer der ihm abgetretenen Forderung geworden, dagegen zu dem Vermögen des debitor cessus erst am 9. September 1854 der Concursproceß eröffnet worden ist, so hat an sich Ersterer den hierunter entstehenden Verlust ohne Regreßanspruch an den Cedenten zu übertragen. Im Uebrigen aber ist die Einwendung des Beklagten, daß der debitor cessus schon zur Zeit der Abtretung gänzlich zahlungsunfähig, und dies dem Cedenten wohl bekannt gewesen sei, illiquid, und daher abgesehen von der Frage: ob sich Beklagter, die Wahrheit dieser Behauptungen vorausgesetzt, an den Cedenten halten könne? in der gegenwärtigen Proceßart nicht zu beachten gewesen."

(Urthel des O.-A.-G. in derselben Sache.) L.

78.

Ueber die Ermittelung des Kaufpreises für Waaren, welche, ohne ausdrückliche Vereinigung über den Preis, auf Bestellung geliefert worden sind.

„Wer, wie im vorliegenden Falle der Verstorbene, dessen Nachlaß Beklagter vertritt, feinere, in keinem sogenannten Marktpreise stehende Bäckereiwaaren von dem Producenten auf Bestellung erhält und behält, der erklärt thatsächlich damit, wenn ihm gleichzeitig Rechnung darüber zugestellt worden, den ihm notificirten Preisbetrag, und wenn ihm keine zugestellt worden, im Voraus den ihm erst noch zu notificirenden Preisbetrag für richtig und sich verbunden, selbigen zu zahlen, ausgenommen, er vermöchte nachzuweisen, Verkäufer beabsichtige die unterbliebene Vorherbestimmung des Preises zu mißbrauchen, um widerrechtliche Uebertheuerung zu üben. Diese Ansicht des vorliegenden Falles ist conform der vom Oberappellationsgerichte in einem jeden, dem vorliegenden wesentlich gleichartigen Falle constant beobachteten Praxis, welche zu rechtfertigen man nur darauf braucht aufmerksam zu machen, daß die Parteien offenbar beabsichtigt haben, einen Kauf abzuschließen, also auch einen Preis festzustellen, dies entweder direct oder indirect und relativ. Nun hat aber im gegenwärtigen Falle, um bei diesem stehen zu bleiben, keine directe Preisbestimmung stattgefunden, und demnach bleibt nur die indirecte, die relative, möglich, und zwar als die von den Parteien beabsichtigte Form derselben: die vom Verkäufer bona fide ausgesprochene Preisbestimmung; wogegen keinen Falls anzunehmen ist, daß der Verkäufer nur so viel vom Abnehmer zu fordern habe berechtigt sein wollen, als er eidlich oder sonst wie bescheinigen werde, daß er angemessener und den Abnehmer nicht übertheuernder Weise fordern könne.

Diesen Bemerkungen stehen keineswegs

l. 22. §. 1. D. de R. J.

und die übrigen Stellen des römischen Rechts entgegen, deren Inhalt (cfr. Cujacius, praelect. in tit. alleg.) auf den unterschiedenen Folgen und Wirkungen beruht, die nach römischem Civilrechte einerseits dem pleno, mero, libero arbitrio, andererseits dem boni viri arbitrio eigen waren.

Consequent der vorstehend gerechtfertigten Praxis und weil Klägers Lage in Betreff der fraglichen Forderung nicht dadurch rechtlich deteriorirt worden sein kann, daß er, statt des Abnehmers selbst, dessen Nachlaßvertreter zu belangen hatte, konnte die dritte Instanz jedenfalls nicht den Beklagten für gravirt dadurch erachten, daß in zweiter Instanz Klägerm auferlegt worden ist, das vorgeschriebene assertorium zu schwören, obschon Beklagter keine factischen Momente beigebracht hat, welche die Vermuthung rechtfertigen könnten, es beabsichtige Kläger eine widerrechtliche Uebertheuerung."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen August Wilhelm Sch.'s gegen D. Rs Erben, vom Monat Januar 1856.) L.

79.

Voraussetzungen der Pertinenzialeigenschaft einer Parcelle.

„Wenn auch von der Ausstellung des Beklagten wegen der nicht deutlich genug erfolgten Bezeichnung des Klagobjectes mit Rücksicht auf die Entgegnungen Bl. — abzusehen, ebensowenig ferner dem Kläger nach der aufgestellten Ansicht gegen Beklagte, welche ihm das Eigenthum an der fraglichen Parcelle bestreitet, ein unmittelbares Klagrecht auf dessen Anerkennung schlechterdings zu versagen wäre, und letzterer in diesem Falle unbenommen bliebe, die ihr gegen die Person B's. etwa zur Seite stehenden Ausflüchte auch dem Kläger gegenüber geltend zu machen, so liegen doch noch andere Gründe vor, welche die Abweisung der erhobenen Klage in der angebrachten Maße herbeiführen müssen. Kläger hat sich in derselben zunächst darauf bezogen, daß die Tauerwiese ein Pertinenzstück des B.'schen Gutes in G., und deßhalb in seinen Besitz gleichzeitig mit dem Hauptgute übergegangen sei. Dieses Anführen ist zu allgemein und unbestimmt. Die Disposition über das Eigenthum an unbeweglichen Gütern in Sachsen erfordert, wenn sie gegen Dritte oder den Staat von Wirkung sein soll, gerichtliche Concurrenz, und eine bloß auf der Bestimmung des Eigenthümers beruhende Hinzuschlagung eines Grundstückes als Pertinenz zu einem andern ist nach außen hin ohne rechtlichen Effect. Zwar würde das gewöhnlich für die Pertinenzqualität geltende Kennzeichen, daß ein Grundstück mit den anderen unter einem und demselben Steuerquanto catastrirt ist,

Haubolds Lehrbuch des sächs. Privatrechts, §. 174., not. c.

in dem vorliegenden Falle schon um deswillen, weil das Hauptgut in Sachsen, das angebliche Beistück aber in Preußen liegt, nicht als entscheidend zu betrachten sein; allein läßt man dieses Requisit auch gänzlich bei Seite, so folgt doch noch keineswegs, daß schon durch den bloßen Willen und die Handlungen des Eigenthümers dem betreffenden Grundstücke die Eigenschaft eines integrirenden Bestandtheils des anderen Grundstücks zustehe, vielmehr tritt in dieser Hinsicht nur um so mehr die Nothwendigkeit zur Angabe der Thatsachen hervor, durch welche die Pertinenzqualität begründet worden sein soll, woraus Rechte gegen dritte Personen abgeleitet werden. An dergleichen Momenten gebricht es aber in der vorliegenden Klage, die Beziehung auf den Kauf reicht in dieser Hinsicht offenbar nicht aus, und die neuerlichen Einwendungen Bl. — haben daher, zumal nach Klägers Auslassung, nicht als erheblich angesehen werden können. Allerdings hat Kläger in der Klage zugleich angeführt, daß am 3. December 1851 zwischen der Beklagten Ehemann und Generalbevollmächtigtem und B. ausdrücklich festgesetzt worden sei, daß für die bedungene Kaufsumme nicht nur die Gartennahrung, sondern auch die von der bisherigen Eigenthümerin und ihren Vorbesitzern als Pertinenzstück besessene und mit verkaufte Tauerwiese bezahlt sein solle. Beklagte hat jedoch dieses Vorbringen beim 10. flg. Einl. Puncte ausdrücklich geleugnet und excipirt, daß sie die mehrgedachte Wiese von P. erst laut Kaufsverhandlung vom 4. Mai 1852 erkauft habe, auch sich deshalb auf den Bl. — in beglaubter Abschrift befindlichen Kaufcontract bezogen, welchen Kläger an sich nicht in Zweifel gestellt, sondern nur mit Rücksicht auf den darin am Schlusse enthaltenen allgemeinen Zusatz, „daß der Vertrag mit B. später aufgenommen werden solle," diesem Einwande zu begegnen gesucht hat. Nun läßt sich aber durch die allgemeine Hinweisung auf einen Contract mit B. die obige, dem dießfallsigen Vorbringen Klägers entgegentretende und bescheinigte Behauptung der Beklagten insofern nicht für entkräftet ansehen, als darunter ohne Weiteres keineswegs das in der Klage erwähnte Uebereinkommen verstanden werden muß. Auch dadurch ist daher letztere nicht für schlüssig zu erachten, vielmehr würde in selbiger auch insoweit ein stringenteres, das obige Vorbringen der Beklagten beseitigendes Vorbringen erforderlich gewesen sein."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Gottlieb P.'s gegen Agnes R., vom Monat Januar 1856.) L.

80.

Form der Errichtung eines Vermächtnisses zum Besten einer milden Stiftung.

„Auch bei nochmaliger Prüfung des hier einschlagenden Sachverhältnisses hat man den in erster und zweiter Instanz entwickelten Gründen beizutreten gehabt. Man fügt jenen Gründen nur noch Folgendes hinzu. Die Begünstigungen, die Testamente genießen, wo-

rin fromme Stiftungen bedacht worden sind, bestehen gemeinrechtlich darin, daß solche vor zwei Zeugen rechtsgültig errichtet werden können. (Cap. 4. 11. X. de testam. (3. 26.)) Ob, wenn ein solches Testament schriftlich errichtet worden ist, die Zuziehung zweier Zeugen ebenfalls gemeinrechtlich erforderlich sei, ist unter den Rechtslehrern streitig. Dagegen steht nach dem Generale vom 16. September 1746 im Königreiche Sachsen fest, daß bei einem schriftlichen Testamente die Zuziehung zweier Zeugen nicht erforderlich ist. Es soll vielmehr zur Gültigkeit einer derartigen schriftlichen Disposition genügen, wenn nur der Defunctus seinen Willen schriftlich hinterläßt, und sothane entweder von ihm selbst geschriebene oder wenigstens eigenhändig vollzogene Disposition, nach seinem Ableben in seiner Erbschaft unversiegelt aufgefunden wird. Ist das Eine oder das Andere der Fall, „so soll hinlängliche Gewißheit vorhanden sein, daß der Testator noch bei seinem Ende gemeint gewesen, der milden Stiftung ein Legat zuzuwenden." Die Formalitäten, die bei Legaten zu milden Stiftungen zu beobachten sind, bestehen daher darin, daß, wenn sie mündlich errichtet werden, zwei Zeugen zugezogen werden müssen, und wenn eine schriftliche Disposition im Nachlasse vorhanden, diese entweder vom Testator selbst eigenhändig geschrieben worden, oder wenn sie eine dritte Person niedergeschrieben, vom Testator eigenhändig unterschrieben worden sein muß.

Der Kläger giebt nun selbst zu, daß die Klagbeilage unter II., das Legaten-Verzeichniß Bl. —, worin Friedrich Christian H. dem Stadtwaisenhause in Dresden ein Legat von 500 Thlrn. ausgesetzt hat, nicht von H. selbst geschrieben worden sei, sondern von einem Schreiber auf Geheiß und nach Anleitung desselben. Nach den obangezogenen gesetzlichen Vorschriften würde daher dieses Legat nur dann rechtsgültig sein, wenn H. das von einer dritten Person geschriebene Legaten-Verzeichniß eigenhändig unterschrieben hätte. Diese Mangelhaftigkeit dieser letztwilligen Verfügung will nun Kläger dadurch beseitigen, daß er sich darauf bezieht, daß H. selbst eigenhändig ein Testament niedergeschrieben und in diesem sich auf das hier fragliche Verzeichniß bezogen habe. Hierdurch sei das Letztere ein integrirender Theil des Testamentes selbst geworden, und müsse daher auch dieselbe Gültigkeit haben, wie das von H. selbst geschriebene Testament. Allein dem Kläger ist dagegen einzuhalten, daß dieses Testament selbst, die Klagbeilage unter I. nur als ein Entwurf zu einem Testamente, nicht aber für ein rechtsgültiges Testament selbst angesehen werden kann. Dies geht daraus hervor, daß in dem Testamente mehrere Lücken vorhanden sind, die jedenfalls erst von dem Testator noch haben ausgefüllt werden sollen. Namentlich ist in §. 2. die Summe noch offen gelassen worden, die der Universalerbe erhalten soll und in §. 5. der Name des Testamentsvollstreckers. Ferner ist der Schluß des Testaments §. 11. nicht vom Testator selbst, sondern von einer andern Hand geschrieben worden. Hieraus, sowie auch daraus,

daß die hier fragliche Schrift von dem Testator gar nicht unterschrieben, auch ein Datum nicht beigefügt worden ist, geht klar hervor, daß die Klagbeilage I. nur ein Entwurf zu einem Testamente hat sein sollen, nicht aber der schon ausgedrückte feste letzte Wille des Testators. Ein perfectes Testament liegt daher hier gar nicht vor.

Allein, selbst wenn ein gültiges Testament vorläge und in diesem auf eine Beilage Bezug genommen worden wäre, so würde dies für Klägern immer noch ein günstiges Resultat nicht herbeiführen.

Nach der Fassung der Klage ist es zweifelhaft, ob die im Testamente erwähnte Beilage vor dem Testamente oder erst nach dem Testamente niedergeschrieben worden ist. Wäre nun die Beilage von einer dritten Person erst nach dem Testamente angeblich auf Geheiß und nach Anleitung des Testators niedergeschrieben worden, so müßte dann immer noch irgend ein Umstand vorliegen, woraus hervorginge, daß der Testator auch den Inhalt dieser späteren, von einem Dritten bewirkten Niederschrift genehmigt habe. Auf eine ausdrückliche Genehmigung hat sich Kläger nicht bezogen, vielmehr folgert Kläger diese Genehmigung nur daraus, daß ein Schreiber die Beilage zum Testamente angeblich auf Geheiß und nach Anleiturg H.'s geschrieben habe. Gesetzten Falles nun, es bestätigte der Schreiber dieser Beilage diesen Theil der Klage, der noch auf Beweis steht, so würde durch diesen einen Zeugen durchaus etwas nicht dargethan werden. Denn wenn die Gültigkeit eines Legates zu frommen Stiftungen durch Zeugen dargethan werden soll, so sind, wie zur Gültigkeit einer derartigen mündlichen letztwilligen Verfügung, zwei Zeugen erforderlich. Kläger hat aber gar nicht behauptet, daß bei Errichtung der Beilage zwei Zeugen gegenwärtig gewesen wären. Von einem, auf die Aussage eines Zeugen zu stützenden Legaleide, daß es wirklich der letzte Wille des Testators gewesen sei, dem Stadtwaisenhause zu Dresden ein Legat von 500 Thlrn. zu hinterlassen, kann hier, wo gewisse, wenn auch geringe Formalitäten zur Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung nothwendig erforderlich sind, selbstverständlich nicht die Rede sein."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen des Stadtraths zu D. gegen Christian Sch. u. Cons., vom Monat Januar 1856.) L.

81.

Begriff eines „alten" und „neuen" Grabens.

„Den in zweiter Instanz ausführlich entwickelten Gründen hat man auch bei nochmaliger Erwägung lediglich beizupflichten gehabt. Zur Widerlegung desjenigen, was die Kläger dagegen neuerdings in ihrer Deductionsschrift vorgebracht haben, fügt man nur noch Folgendes hinzu:

Der Beklagte ist nicht abredig, daß ihm die Verpflichtung obliege, auf seinem Grundstücke Nr. 117. den auf der Reinkarte eingetragenen, mit dem Buchstaben r. bezeichneten Graben zu dulden. Es handelt

sich nur darum, ob Beklagter, wie Kläger behaupten, verpflichtet ist, diesen Graben herzustellen, oder ob, wie Beklagter für sich geltend macht, die Herstellung dieses Grabens auf gemeinschaftliche Kosten zu bewirken sei. Nach den Bestimmungen des Zusammenlegungs-Recesses §. 8. würde dieser Graben auf gemeinschaftliche Kosten herzustellen sein, wenn man anzunehmen hätte, daß dieser Graben unter die Kategorie der neuen Gräben fiele, wogegen im entgegengesetzten Falle Beklagtem die Herstellung des Grabens in der in der Reinkarte unter r. angegebenen Richtung obliegen würde. Es fragt sich daher zunächst: was nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche unter dem Ausdrucke „ein neuer Graben" zu verstehen sei. Der Begriff des Wortes „neu" steht dem Begriffe des Wortes „alt" entgegen. Ist von einem durch Menschenhände hergestellten Werke die Rede, dann bildet das neue Werk den Gegensatz zu dem alten Werke. Wird das alte Werk nur neu wiederhergestellt, so ist an sich von einem neuen Werke nicht die Rede, sondern nur von der Reparatur eines alten Werkes. Wird daher ein durch Menschenhand hergestellter Graben nur geräumt, oder derselbe verbreitert, so liegt nicht ein neues Werk, ein neuer Graben vor, sondern der alte Graben wird nur in tauglicheren Zustand wiederhergestellt. Wird dagegen ein Graben ganz oder theilweise verlegt, geht er über Theile eines Grundstückes hin, wo früher kein Graben war, so entsteht ein neues Werk, ein neuer Graben. Es ist dies dann, wenn es auch denselben Zweck hat, nicht mehr das frühere Werk, sondern der Gegensatz von dem alten Werke. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche wird bei Beschreibung einer derartigen Localität in der Regel gesagt, hier lief der alte Graben, und hier geht nunmehr der neue Graben. Giebt nun der Zusammenlegungs-Receß kein Anhalten dafür, daß der Verfasser desselben unter den Worten neu und alt etwas anderes verstanden habe; so ist bei Auslegung desselben auf den vorstehend angegebenen allgemeinen Sprachgebrauch Rücksicht zu nehmen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Karl Pf.'s u. Cons. gegen Joh. Gottfried S., vom Monat Januar 1856.) L.

82.

Durch die Vorschrift in der erl. P.-O. ad tit. XXV. §. 5. ist die Vergleichung der Siegelabdrücke unter einer Urkunde nicht ausgeschlossen. — Fragstücke, wie sie bei Zeugen vorkommen, haben bei dem Beweise durch Sachverständige nicht Statt.

„So viel die Hauptsache angeht, so hat man der Ansicht der beiden vorigen Instanzen, daß der von dem Altersvormunde der minorennen Minna L. Bl. — folg. Vol. I. eingereichte Nachtragsbeweis auch in so weit, als darin in dem Artikel 14. und 15. auf Vergleichung der dort angegebenen Siegelabdrücke durch Sachverständige angetragen worden ist, für unzuläßig zu halten sei, nicht beizutreten vermocht. Zwar ist die Bemerkung der vorigen Instanz, daß,

während in früherer Zeit die Siegel als eine fast unentbehrliche Förmlichkeit der Vollziehung der Urkunden betrachtet worden wären, schon die erl. P.-O. ad tit. XXV. §. 4. die Recognition der Siegel nicht weiter erfordere und den Diffessionseid auf die eidliche Ablehnung der Unterschrift beschränke, ganz richtig. Hieraus folgt jedoch nicht, daß auf das Siegel einer Urkunde gar nichts ankomme und ein Beweis, daß der unter einem seiner Aechtheit nach bestrittenen Documente befindliche Siegelabdruck mit dem Petschaft übereinstimmt, welches diejenige Person, die das Document ausgestellt haben soll, gewöhnlich geführt hat, ganz unerheblich sei und auch sogar in Verbindung mit anderen Momenten nicht beachtet werden könne. Eben so wenig läßt sich von dem in der erl. P.-O. ad tit. XXV. §. 5. ausgesprochenen Verbote der comparatio literarum auf eine Unstatthaftigkeit der Vergleichung des Siegels schließen. Denn die angegebene Vorschrift der erl. P.-O. enthält gegenüber dem gegenwärtig fast allgemein anerkannten Grundsatze, daß die comparatio literarum zwar keinen vollen Beweis giebt, doch, wenn sie durch den Hinzutritt anderer Umstände unterstützt wird, sogenannten halben Beweis, ja sogar hohe Wahrscheinlichkeit bewirken kann (Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bd. 3. §. 848.), eine Ausnahmebestimmung, welche stricte zu erklären und auf andere Beweismomente nicht zu erstrecken ist.

Da hiernach der von dem Altersvormunde der Minna L.. geführte Nachtragsbeweis rücksichtlich der Artikel 14. und 15. für statthaft anzusehen war, so konnte man auch die Frage, ob die von den Wiederbeklagten Bl. — folg. eingereichten Fragstücke zulässig seien, nicht umgehen. In dieser Beziehung ist man bei derjenigen Meinung stehen geblieben, welche in dem im Wochenblatte f. merkw. Rechtsf. Bd. 5. S. 369 folg. abgedruckten Urthel ausführlich begründet worden ist und welche im Wesentlichen dahin geht, daß für die Sachverständigen solche Fragstücken, wie sie bei Zeugen zulässig sind, nicht aufgestellt werden sollen, dem Producten aber das Recht nicht versagt werden kann, bei allen denjenigen Sätzen, welche auf den Antrag des Producenten den Sachverständigen zur Auslassung vorgelegt werden, die Puncte zu bezeichnen, worauf die Sachverständigen aufmerksam gemacht werden sollen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen C. F. L..'s Erben gegen C. G. R..'s Erben, vom Monat Februar 1856.) L.

83.

Gegen Frauenspersonen, welche keinen Handel treiben, ist aus Wechseln in Gemäßheit des zweiten Abschnittes des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselproceß vom 7. Juni 1849 zu verfahren.

„Der Ansicht der beiden vorigen Instanzen, daß gegen Frauenspersonen, welche keinen Handel treiben, ein Wechselproceß in Gemäß-

heit des zweiten Abschnittes des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselproceß vom 7. Juni 1849 nicht statthaft sei, hat man in der gegenwärtigen Instanz aus nachstehenden Gründen nicht beizutreten vermocht.

In der allgemeinen deutschen Wechselordnung Art. 1. in Verbindung mit Art. 2. und 81. ist die Wechselfähigkeit der selbstständigen Frauenspersonen ausdrücklich blos mit der Beschränkung anerkannt worden, daß die Anlegung des Wechselarrestes gegen Frauen, die nicht Handel oder Gewerbe treiben, unzulässig sein soll. Diese Vorschrift hat in Sachsen weder in der Einführungsverordnung zur allg. d. W.=O., noch in dem Gesetze über den Schuldarrest und den Wechselproceß vom 7. Juni 1849 eine Abänderung oder Modification erlitten; im Gegentheile ist in §. 6. des zuletzt erwähnten Gesetzes unter A. die Wechselfähigkeit aller dispositionsfähigen Personen wiederholt anerkannt, und wie sich aus den Motiven des gedachten Gesetzes ergiebt, diese Fassung eben mit Rücksicht auf die Wechselfähigkeit dispositionsfähiger Frauen gewählt worden.

Nun ist zwar richtig, daß in dem Gesetze vom 7. Juni 1849 unter A. und C. und insbesondere §§. 7. 9. 16. 17. 18. 20. 22. unter den Personen, gegen welche die Anlegung oder Fortsetzung des Wechselarrestes unzulässig ist, diejenigen Frauen, welche zwar dispositions= und somit auch wechselfähig sind, aber weder Handel noch Gewerbe treiben, nicht miterwähnt werden. Indessen erklärt sich dieß daraus, daß in Bezug auf diese die Unzulässigkeit des Arrestes schon in der Wechselordnung ausgesprochen war und der Gesetzgeber nicht für nöthig hielt, dieß noch besonders zu wiederholen.

Eine weitere Beschränkung, als die Unzulässigkeit der Haft ist der Wechselfähigkeit der Frauen nicht beigefügt worden, und es folgt daraus, daß, mit dieser einzigen Ausnahme, die im Allgemeinen bestehende Wechselfähigkeit ganz nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen ist, wie die Wechselfähigkeit aller übrigen Personen. Dieß gilt namentlich auch von dem in dem Gesetze vom 7. Juni 1849 im zweiten Abschnitte eingeführten Wechselprocesse um so mehr, als in §. 30. noch insbesondere gesagt wird, daß derselbe, als eine besondere Gattung des Executivprocesses, in allen Fällen Anwendung leiden solle, in welchen es sich um die Geltendmachung einer aus gezogenen oder eigenen Wechseln, oder aus Anweisungen, welchen durch das Gesetz ein Gebrauch als Wechsel beigelegt sei, hervorgehenden Verbindlichkeit zur Zahlung, oder zum Rembours, oder endlich, wo solches nach der Wechselordnung zulässig, zur Cautionsleistung handelt.

Der Einwand, daß in §. 46. des gedachten Gesetzes diejenigen Personen, gegen welche der Wechselproceß stattfinden, aber wegen der Unzulässigkeit des Wechselarrestes, statt des letzteren eine Hülfsauflage nach §. 43. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 erlassen werden soll, durch Beziehung auf die §§. 7. 9. 16. 17. 18. 20. 21. 22. speciell namhaft gemacht werden und hierunter wechselfähige,

aber nicht Handel und Gewerbe treibende Frauen sich nicht befinden, erscheint dagegen unbeachtlich. Denn erwägt man, daß die Wechselfähigkeit der nicht Handel treibenden selbstständigen Frauenspersonen gesetzlich anerkannt ist, daß dieselbe nur wegen des Arrestes einer Beschränkung unterliegt, und daß somit dispositionsfähige Frauen, wenn sie nicht Handel treiben, mit den in §§. 7. 9. 16. 17. 18. 20. 21. 22. genannten Personen in ganz gleichen Verhältnissen stehen, so ergiebt sich, daß die im Schlußsatze des §. 46. über die Zulässigkeit des Wechselprocesses zum Zwecke der Hülfsvollstreckung ertheilten Vorschriften allgemeiner Natur sind und auf alle diejenigen Wechselschuldner Anwendung leiden, die wechselfähig sind, gegen die aber der Wechselarrest nicht verfügt werden kann.

Aus diesen Gründen hat man in der gegenwärtigen Instanz den Bl. — gestellten Antrag auf Einleitung des Wechselprocesses wider die dort benannte Wechselschuldnerin für zulässig angesehen und die Entscheidung der vorigen Instanzen dahin abgeändert, daß diesem Antrage zu fügen sei."

(Verordnung des O.-A.-G. in Sachen K's. gegen Z., vom Monat Februar 1856.) L.

84.

Die Verbindlichkeit des Ehemannes, bei einer Scheidung von Tisch und Bette der Ehefrau die benöthigten Sachen herauszugeben, bezieht sich nur auf die Ausantwortung der der Ehefrau eigenthümlich zugehörigen Gegenstände.

„Die Frage, von deren Beantwortung die Entscheidung im vorliegenden Falle abhängt, ist die,

ob für die Ausführung des Judicates, daß der Beklagte der Klägerin für die Dauer der separatio a thoro et mensa die benöthigten Sachen herauszugeben habe, die §§. 72. und 73. oder der §. 74. des Executionsgesetzes maßgebend sei.

Die §§. 72. und 73. schreiben das executive Verfahren vor, welches einzuschlagen ist, wenn der unterliegende Theil dem obsiegenden der species nach bestimmte bewegliche Sachen herauszugeben hat, wogegen der §. 74. den Fall betrifft, wo Jemand verurtheilt worden ist, seinem Gegner nur der Gattung nach bestimmte bewegliche Gegenstände zu liefern. Es ist daher für die Frage wegen Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf den vorliegenden Fall die Frage präjudiciell,

ob die rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten rücksichtlich der benöthigten Sachen der Klägerin blos auf die Herausgabe der species nach bestimmter Gegenstände sich beziehe, oder auch so weit gehe, daß der Beklagte, wenn die Klägerin dergleichen Sachen nicht hat, zur Anschaffung derselben behufs der Gebrauchsüberlassung an die Klägerin gehalten sei.

Ueber diese Frage hat man Nachstehendes zu bemerken für angemessen gehalten.

Der Zweck der temporären Scheidung von Tisch und Bette besteht darin, den uneinigen Eheleuten durch Gestattung gesonderten Lebens die nöthige Zeit zur Beschwichtigung ihrer aufgeregten Gemüther und nach Befinden zum Vergessen der vorgefallenen Zwistigkeiten zu gewähren. Nach diesem Zwecke bestimmt sich die Wirkung der zeitweiligen separatio a thoro et mensa von selbst dahin, daß dieselbe blos die Aufhebung des factischen Zusammenwohnens der Interessenten nach sich zieht, im Uebrigen aber alle aus der Ehe hervorgehenden gegenseitigen Verhältnisse, namentlich so viel die Verbindlichkeit des Ehemannes zur Alimentirung seiner Ehefrau und die Rechte des eheweiblichen Einbringens betrifft, nach wie vor unverändert fortdauern. Die dem Ehemanne gegenüber seiner Ehefrau obliegende Alimentationsverbindlichkeit wird durch Aussetzung von Alimenten für die Ehefrau ausgeglichen und daß die letztere in jeder Beziehung blos an die Stelle der ersteren tritt, ergiebt sich namentlich auch daraus, daß bei Bestimmung der Höhe der Alimente insbesondere darauf mit zu sehen ist, ob nach den Vermögens- und Standesverhältnissen der Parteien der Ehemann für seinen und seiner Familie Unterhalt allein zu sorgen habe, oder ob der Ehefrau anzusinnen sei, den nöthigen Unterhalt selbst mit durch eigene Thätigkeit verdienen zu helfen. Eine ähnliche Ausgleichung macht sich rücksichtlich derjenigen Sachen, welche während des Zusammenlebens der Parteien zu deren täglichen Gebrauche gedient haben, z. B. des Haus- und Wirthschaftsgeräthes, der Kleidungsstücke und Wäsche nöthig, nur daß hier die Ausgleichung nicht wie bei den Alimenten, in Gelde, sondern durch Ueberlassung der fraglichen Gegenstände in natura zu erfolgen hat, weil erstens die Ehefrau während ihrer Sonderung von des Ehemannes Tisch und Bette in dieser Beziehung nicht besser gestellt sein soll, als sie es vorher factisch gewesen ist, und zweitens es sich hier nicht um eine unwiderrufliche Rückgabe der Gegenstände an die Ehefrau, sondern nur um eine einstweilige Ueberlassung zum Gebrauche während der Zeit der Scheidung von Tisch und Bette handelt. Das Recht, welches die Ehefrau in dieser Hinsicht hat, läßt sich natürlich nicht im Allgemeinen bestimmen, sondern hängt lediglich von dem factischen Zustande der häuslichen Einrichtung der betheiligten Ehegatten ab und wie hiernach das Ehegericht bei dem Erkenntnisse auf temporäre Scheidung von Tisch und Bette gar nicht im Stande ist, die hierunter bestehenden gegenseitigen Beziehungen der Interessenten auf irgend eine Weise festzustellen, so wird auch zu Bezeichnung der hierauf bezüglichen Folge der erkannten Gestattung des gesonderten Lebens blos die allgemeine Formel, „daß der Ehemann der Ehefrau die benöthigten Sachen, an Kleidern, Betten, Wäsche und sonstigen Effecten, so weit dieß nicht bereits geschehen, herauszugeben habe" gebraucht.

Aus vorstehender Betrachtung ergeben sich nicht unerhebliche Folgesätze.

Erstens nämlich kann es beim Festhalten des Gesagten keinem Zweifel unterliegen, daß der Ehemann nicht etwa verpflichtet ist, seiner Ehefrau, welche sich auf Grund einer von dem Ehegerichte dazu erhaltenen Erlaubniß von ihm auf Zeit factisch trennt, die zur häuslichen Einrichtung nöthigen Gegenstände von seinem Gelde anzuschaffen, die Ehefrau vielmehr blos das Recht hat, von den ihr eigenthümlich gehörigen Gegenständen, sei es nun, daß sie solche bei Eingehung der Ehe mitgebracht, sei es, daß der Ehemann solche für sie zum persönlichen Gebrauche angeschafft hat, so viel zu verlangen, als sie zu ihrer häuslichen Einrichtung bedarf.

Zweitens hat das Obenbemerkte auch Einfluß auf die Frage, ob ein auf Herausgabe der benöthigten Sachen an die Ehefrau lautendes Erkenntniß executionsfähig sei. Diese Frage hängt nämlich davon ab, welchen Begriff man mit der Executionsfähigkeit einer Sentenz verbindet. Versteht man darunter die bloße Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung, so ist die angegebene Frage zu bejahen. Denn es kann jede Verpflichtung, von welcher Art sie auch sei, wenn sie nur überhaupt feststeht, zur Geltung gebracht werden. Liquidität ist kein wesentliches Erforderniß der Rechte, ein selbst dem Betrage nach unbestimmtes damnum et interesse kann Gegenstand der Execution werden, wenn die Liquidation noch nachgeholt werden kann. Bezieht man dagegen die Executionsfähigkeit einer Entscheidung auf die wirkliche Hülfsvollstreckung, so muß man einem Erkenntnisse der angegebenen Art die Eigenschaft der Executionsfähigkeit absprechen. Schon die Fassung eines solchen Entscheids zeigt an, daß es dabei keineswegs darauf abgesehen sei, den Begriff einer zur Hülfsvollstreckung sich eignenden Verbindlichkeit zu erschöpfen. Und zerlegt man die einzelnen Sätze, welche in einer dergleichen Sentenz liegen, so findet man, daß die wirkliche Hülfsvollstreckung wider den Ehemann abhängig gemacht ist, erstens von der Existenz der Gegenstände der fraglichen Art, zweitens von dem Umstande, daß die Ehefrau solche nicht bereits ausgehändigt erhalten habe, endlich drittens von dem Ausspruche des Richters, daß die Ehefrau derselben benöthigt sei, mithin diese Verhältnisse insgesammt erst festgestellt sein müssen, bevor zu einer Execution verschritten werden kann.

Drittens ist die angegebene Natur der Verbindlichkeit des Ehemannes zur Ausantwortung der benöthigten Sachen an die Ehefrau maßgebend für die Bestimmung der Competenz zwischen dem Ehegerichte und der Behörde, an welche die Ausführung der eherichterlichen Sentenz verwiesen worden ist. In dieser Beziehung nämlich liegt auf der Hand, daß das Ehegericht blos darüber zu cognosciren hat, ob und wie lange die Ehefrau einen Anspruch auf Ueberlassung der benöthigten Sachen habe, dagegen die Entschließung darüber, welche Gegenstände die Ehefrau aus diesem Grunde zu verlangen

berechtigt und wie der allgemeine eherichterliche Ausspruch auszuführen sei, dem persönlichen Richter des Ehemannes zusteht.

Endlich viertens erklärt sich hiernach die Art des Verfahrens wider den Ehemann. Der eherichterliche Ausspruch wegen der benöthigten Sachen eignet sich, wie bereits oben erwähnt worden ist, blos dann zur Hülfsvollstreckung, wenn dargethan worden ist, daß der Ehemann dergleichen der Ehefrau gehörige Gegenstände besitzt. Dieß muß daher vor allen Dingen nach den gewöhnlichen Regeln des Processes in Gewißheit gesetzt werden. Ist dieser Beweis von der Ehefrau geführt und hat der Richter sich dafür ausgesprochen, daß die Ehefrau diese Sachen zu ihrem gesonderten Leben bedürfe, so besteht die Verbindlichkeit des Ehemannes in der Ausantwortung der species nach bestimmten beweglichen Gegenständen und es leiden daher auf die Execution wider denselben die §§. 72. und 73. des Executionsgesetzes Anwendung.

Wendet man sich nach diesen allgemeinen Bemerkungen zur Beurtheilung des vorliegenden Falles, so entsteht zunächst die Frage, ob die von der Klägerin fort und fort vertheidigte Meinung richtig sei, daß der Beklagte in Betreff der Herausgabe der für sie nöthigen Sachen in einem weiteren Umfange, als dem angegebenen, rechtskräftig verurtheilt worden sei. Diese Frage hat man in der gegenwärtigen Instanz aus nachstehenden Gründen verneint.

Wie theils aus den Bl. — folg. in Verbindung mit Bl. — folg. in Abschrift befindlichen Erkenntnissen, theils aus den zwischen den Parteien ergangenen, von dem Oberappellationsgerichte vor Fassung hauptsächlicher Entschließung in gegenwärtiger Differenz eingeforderten Eheacten Bl. — folg. — folg. und — folg. hervorgeht, hat es mit der Verurtheilung des Beklagten in dieser Beziehung folgende Bewandniß. In dem Bl. — folg. der Eheacten befindlichen Urthel des Oberappellationsgerichtes ist der Klägerin das gesonderte Leben von des Beklagten Tisch und Bette bis auf weitere Anordnung gestattet und der Beklagte verurtheilt worden,

> derselben die nöthigen Kleider, Betten, Wäsche und sonstigen Effecten, so weit es nicht etwa bereits geschehen, zu verabfolgen.

In einer Eingabe Bl. — folg. der gedachten Acten hatte der Beklagte sich dahin ausgesprochen,

> seine Verpflichtung bestehe gesetzlich nur darin, der Klägerin die zum täglichen Gebrauche benöthigten Kleider, Betten und Wäsche, wozu er so weit noch nöthig bereit sei, auszuantworten, auch dieselben durch neue zu ersetzen, dafern sie ohne Verschulden der Ersteren und durch den Gebrauch zu Grunde gegangen seien.

Mit Berufung hierauf wurde in der Verordnung des Oberappellationsgerichtes Bl. — entschieden,

daß es bei der wegen Ausantwortung und Anschaffung der erforderlichen Kleider, Betten und Wäsche von dem Beklagten abgegebenen Erklärung bewende.

Die Klägerin ist nun des Dafürhaltens, daß, wenn auch die gesetzliche Verbindlichkeit des Beklagten eine beschränktere gewesen sein sollte, doch wenigstens dieselbe in Folge der von dem Beklagten abgegebenen Erklärung und der auf Bewenden hierbei lautenden Entscheidung weiter ausgedehnt worden sei und solche namentlich auch dahin gehe, daß sie nicht blos die Ausantwortung ihr eigenthümlich gehöriger Sachen, sondern auch die Anschaffung solcher auf Kosten des Beklagten zu verlangen berechtigt sei. Hierin ist derselben aber nicht beizutreten gewesen. Die Erklärung des Beklagten bezieht sich blos auf die Ausantwortung der der Klägerin gehörigen Sachen und die Anschaffung neuer, wenn diese ohne Verschulden der Klägerin untergehen sollten. In letzterer Hinsicht hat der Beklagte ohnstreitig die zwar von Gottschalk, discept. forens. P. II. cap. IV. pag. 36. sequ. vertheidigte, jedoch nicht außer Zweifel stehende Meinung vor Augen gehabt, daß der Ehemann verbunden sei, seiner von Tisch und Bette lebenden Ehefrau an der Stelle der durch Zufall untergegangenen Sachen, Geräthschaften und Kleidungsstücke neue anzukaufen. Es hat also die Erklärung des Beklagten einen ganz anderen Sinn, als den von der Klägerin in solche hineingelegten, und wenn von dem Oberappellationsgerichte auf Bewenden hierbei erkannt und dabei namentlich die Erklärung auf die Ausantwortung und Anschaffung der fraglichen Sachen bezogen worden ist, so versteht es sich von selbst, daß dadurch die von dem Beklagten übernommene Verpflichtung nicht über die ihr gesetzten Grenzen hat extendirt werden sollen."

(Verordnung des O.-A.-G. in Sachen K. gegen K., vom Monat Mai 1856.) L.

85.

Der Miteigenthümer kann von der actio communi dividundo, insofern solche nicht zugleich auf personales praestationes geht, durch unbedingte Aufgabe seines Miteigenthums sich befreien.

„Der Kläger hat nach Bl. — folg. erstens, unter der Behauptung, daß der Beklagte während des zwischen ihnen bestandenen Societätsverhältnisses Buch und Rechnung zu führen gehabt und auch wirklich geführt habe, Rechnungsablegung, und zweitens, mit Beziehung darauf, daß nach Auflösung der Societät die Bl. — näher angegebenen Gegenstände im gemeinschaftlichen Eigenthume geblieben seien, Theilung dieser Gegenstände verlangt. In der ersteren Beziehung ist er durch die beiden vorigen Urthel rechtskräftig in der angebrachten Maße abgewiesen worden und es handelt sich gegen-

wärtig nur noch um die Schlüssigkeit der Klage in der letzteren Hinsicht.

So viel das auf Theilung gerichtete Klaggesuch angeht, so läßt sich, da der Beklagte zugestanden hat, daß das von dem Kläger angeführte Societätsverhältniß bestanden habe, solches jedoch wieder gelöst worden sei und die in der Klage Bl. — angegebenen Gegenstände zu dem Gesellschaftsvermögen gehört haben, nicht bezweifeln, daß die Klage an sich fundirt sei, indem bekanntlich die actio communi dividundo auch dann Statt hat, wenn Sachen in Frage stehen, welche in Folge eines Societätsvertrages gemeinschaftlich sind.

l. 2. D. commun. dividundo.

Durch diese Bemerkung erledigt sich die Ansicht der ersten Instanz, welche, indem sie die actio communi dividundo mit der actio pro socio vermengte, zu dem Ergebnisse gelangte, daß die Klage auch in so weit, als sie die Theilung der gemeinschaftlichen Objecte zum Gegenstande hat, in der angebrachten Maße unschlüssig wäre, weil sich das auf Rechnungsablegung gerichtete Klagpetitum nicht aufrecht erhalten ließe.

Die zweite Instanz hat daher mit Recht angenommen, daß die Klage in so weit begründet sei. Wenn dieselbe aber weiter die Meinung aufgestellt hat, daß das Recht des Klägers in dieser Hinsicht durch die Erklärung des Beklagten Bl. — folg. in Verbindung mit Bl. — sich nicht erledige, es vielmehr vor einer definitiven Entscheidung erst noch eines Beweises Seiten des Beklagten bedürfe, so hat man dem aus nachstehenden Gründen nicht beizutreten vermocht.

Nachdem der Kläger mit seinem Antrage auf Rechnungsablegung in der angebrachten Maße abgewiesen worden ist, handelt es sich nur noch um die Verpflichtung des Beklagten, die im gemeinschaftlichen Eigenthume befindlichen Sachen zur Theilung zu bringen. Dieser Verpflichtung ist der Beklagte durch seine Erklärung Bl. — folg. und —, daß er auf jene Sachen keine Ansprüche mache und dem Kläger die ausschließliche Verfügung darüber zugestehe, vollständig nachgekommen und hätte über die Stringenz dieser Erklärung noch irgend ein Zweifel sein können, so würde doch solcher durch das von dem Beklagten Bl. — folg. Gesagte vollständig beseitigt worden sein. Wenn man die Bemerkungen der vorigen Instanz richtig auffaßt, so gehen dieselben dahin, es sei die Erklärung des Beklagten um deßwillen nicht ausreichend, weil der Beklagte damit seine Liberirung von den ihm gegenüber dem Kläger obliegenden Verbindlichkeiten aus der Societät und solcherweise eine datio in solutum bezwecke. Dieß erledigt sich jedoch durch die Erwägung, daß die actio communi dividundo zwar auch auf persönliche Leistungen der Miteigenthümer unter sich gerichtet werden kann,

l. 3. D. commun. divid.

l. 34. D. pro socio.

in dem vorliegenden Falle aber die Klage hiervon etwas nicht enthält,

der Beklagte also, wenn er durch die Aufgabe seines Miteigenthums sich von persönlichen Verbindlichkeiten zu befreien beabsichtigen sollte, auf Verhältnisse Rücksicht nehmen würde, welche gar nicht in lite begriffen sind und über welche hier auch nicht zu erkennen ist. Von einer datio in solutum kann unter diesen Verhältnissen in Ermangelung von Ansprüchen, auf welche die Hingabe an Zahlungsstatt zu beziehen wäre, keine Rede sein. Und wenn die vorige Instanz noch weiter hervorhebt, daß der Kläger ein Interesse daran habe, zu wissen, ob er bei dem etwaigen künftigen Verkaufe der fraglichen Objecte allein suo nomine, oder zugleich als negotiorum gestor des Beklagten handeln werde, so ist dagegen nur darauf hinzuweisen, daß nach der Erklärung des Beklagten außer Zweifel beruht, daß der Kläger alleiniger Eigenthümer der gesammten in Frage stehenden Gegenstände sein solle. Daß übrigens der Miteigenthümer durch völlige und unbedingte Lossagung von seinem Miteigenthume der actio communi dividundo, so weit sie blos auf Theilung geht, sich jeder Zeit zu entziehen berechtigt sei, könnte blos in dem Falle zweifelhaft sein, wo die im Miteigenthume befindliche Sache mit Reallasten, z. B. ein Grundstück mit Hypotheken belastet ist. Dieser Fall liegt aber hier nicht vor, wenigstens enthält die Klage hiervon etwas nicht.

Der ausdrücklichen Bemerkung, daß das Verfahren, welches der Beklagte einzuschlagen für angemessen gefunden hat, in keiner Weise geeignet sein kann, den Rechten, welche der Kläger entweder noch aus der früheren Societät, oder aus deren gemeinschaftlichem Eigenthume der hier fraglichen Sachen an den Beklagten hat, zu präjudiciren, bedarf es nicht erst, und wenn man noch darauf aufmerksam macht, daß die vorige Instanz, indem sie auf einen Beweis in der Bl. — enthaltenen allgemeinen Weise erkannte, eines Theiles Verhältnisse zum Beweise aussetzte, welche dem vorliegenden Processe fern liegen, anderen Theils blos auf den Fall, daß der Beklagte den Beweis führte, nicht aber auf die entgegengesetzte Eventualität Rücksicht nahm, so geschieht dieß nur, um etwas nicht unerwähnt zu lassen, was der Beklagte nach Bl. — folg. für entscheidend angesehen hat."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Johann Gottfried August Seiffert's gegen Carl Gotthelf Karnahl, vom Monat Juni 1856.)

L.

86.

Der Beweis der Nothwendigkeit der Servitut ist dann nicht für geführt anzusehen, wenn er blos ergeben hat, daß zwar der Beweisführer der Gerechtigkeit bedürfe, daß jedoch noch andere Grundstücke vorhanden seien, auf welche die Servitut eben so gut, als auf das von dem Beweisführer bezeichnete, gelegt werden könne.

„Der Beklagten ist in den Interlocuten Bl. — der Beweis ihrer exceptivischen Behauptung Bl. — folg. daß für sie die unabweisbare

Nothwendigkeit bestehe, Wasser im Orte zu haben und die Unmöglichkeit vorhanden sei, auf einem zweckentsprechenderen und einfacheren Wege, als dem eingeschlagenen, dem Bedürfnisse zu entsprechen, auferlegt worden. Daß die Röhrleitung, welche die Beklagte hiernach über die Felder der Kläger geführt hat, eben so zweckmäßig über die Grundstücke anderer Besitzer habe geführt werden können, war in dem ersten Verfahren nicht weiter zur Sprache gekommen, und überhaupt kein Gegenstand der Verhandlung zwischen den Parteien und der Entscheidung geworden, und wenn die Beklagte Bl. — folg. behauptet, daß sie in dieser Beziehung eine günstige res judicata für sich habe, so hat man dem unbedingt nicht beizutreten vermocht.

Nach den von den vorigen Instanzen Bl. — zusammengestellten Ergebnissen des Beweises und Gegenbeweises liegt so viel vor, daß zwar für die Beklagte das Bedürfniß, Wasser über fremde Grundstücke in ihren Ort zu leiten, bestehe, jedoch eine Abweichung in dem Fassungspuncte und der Richtungslinie des Röhrenlagers allerdings möglich und es nicht gerade schlechterdings nöthig gewesen sei, dasselbe, um es in geradester Linie nach dem Dorfe zu führen, unter das Grundstück der Kläger zu legen, das letztere vielmehr eben so füglich habe umgangen und namentlich auch die im 43. Gegenbeweisartikel angegebene Richtung, welche unter K's. Grundstücken hinlaufe, habe eingeschlagen werden können. Hiernach sind die Verhältnisse von ganz anderer Art, als nach dem von der Beklagten in ihrer Exception aufgestellten Behauptungen anzunehmen war. Denn während nach den letzteren vorauszusetzen war, daß die Röhrleitung nirgends so zweckmäßig hätte gelegt werden können, als über den fundus der Kläger, hat der Beweis und Gegenbeweis ergeben, daß dem Wassermangel des Dorfes Niederhermsdorf eben so gut durch Beschwerung anderer Grundstücke, als der der Kläger habe abgeholfen werden können. Dieß ist aber von wesentlichem Einflusse für die Frage, ob die Beklagte den ihr auferlegten Beweis geführt habe.

Hat der einer Partei auferlegte Beweis der Necessität einer Dienstbarkeit nicht blos ein unbedingtes Bedürfniß der Gerechtigkeit, sondern auch die absolute Nothwendigkeit, gerade das in Frage stehende Grundstück des Gegentheils mit der Servitut zu belasten, in Gewißheit gesetzt, so sind alle Bedingungen vorhanden, von welchen der richterliche Ausspruch abhängt, daß die behauptete necessäre Dienstbarkeit bestehe. Ganz anders verhält es sich aber, wenn mehrere Grundstücke verschiedener Besitzer vorhanden sind, welche gleich füglich mit der Dienstbarkeit belegt werden können. Denn in einem solchen Falle besteht zwischen den Besitzern, welche möglicher Weise zu Gestattung des Rechtes angehalten werden können, kein solches Correalverhältniß, bei dem dem der Gerechtigkeit bedürftigen Grundstücksbesitzer das Wahlrecht zusteht, vielmehr hat der Richter mit Berücksichtigung der Verhältnisse des besonderen Falles darüber Bestimmung zu treffen, welcher von den mehreren Grundstücksbe-

sitzern am zweckmäßigsten zu belasten sei, und es ist daher in diesem Falle der richterliche Ausspruch über das Bestehen der Dienstbarkeit bedingt durch die richterliche Prüfung der in dieser Hinsicht entscheidenden Rücksichten und durch die hierauf gefaßte richterliche Entschließung, daß das gerade in Frage stehende Grundstück die Dienstbarkeit zu dulden verpflichtet sei.

Nähme man an, daß der Beklagten der Beweis der Necessität der in Anspruch genommenen Gerechtigkeit nicht blos in dem Sinne, daß das Grundstück der Kläger das einzige sei, welches mit der fraglichen Servitut beschwert werden könne, sondern in dem Umfange auferlegt worden sei, daß dieses Grundstück, ungeachtet des Vorhandenseins anderer geeigneter Grundstücke, die Dienstbarkeit zu leiden habe, so würde pure und ohne den im vorigen Urthel enthaltenen Vorbehalt auszusprechen gewesen sein, daß die Beklagte den ihr auferlegten Beweis der Nothwendigkeit des behaupteten Rechtes nicht geführt hätte. Denn es würde in diesem Falle der Nachweis fehlen, daß entweder die Verhältnisse so beschaffen wären, daß gerade die Kläger die Servitut zu leiden hätten, oder eine Bestimmung Seiten des Richters bereits dahin getroffen worden wäre, daß unter den mehreren geeigneten fundis gerade der der Kläger zu wählen wäre. Es ist daher für die Beklagte günstig, wenn die vorige Instanz das Beweisinterlocut nicht in dieser Weise aufgefaßt, sondern in dem Erkenntnisse einen Vorbehalt gemacht hat, welcher auf der Voraussetzung beruht, daß die Beklagte des Rechtes, auf Bestellung einer nothwendigen Servitut Seiten des Richters anzutragen, auch nicht einmal den Klägern gegenüber verlustig geworden sei."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Joh. Andreas D's. gegen die Gemeinde N., vom Monat August 1856.) L.

87.

Die accessorische Adhäsion hat innerhalb der ihr durch die Gravamina des Appellanten gezogenen Grenzen die Wirkung eines selbstständigen Rechtsmittels.

„Wenn Beklagter VI. — eine Beschwerde dagegen gerichtet hat, daß Klägerin im Rubro des vorigen Urthels als Appellantin bezeichnet worden, während sie doch nur accessorisch adhärirt gehabt, so steht dies in Verbindung mit der in der Refutation VI. — von ihm verfochtenen Meinung, daß der Klägerin die Beschreitung der dritten Instanz mittelst des selbstständigen Rechtsmittels der Appellation insoweit, als das Urthel zweiter Instanz confirmatorisch ausgefallen, formell überhaupt gar nicht mehr zugestanden habe, weil die Wirkung der accessorischen Adhäsion als eines unselbstständigen Rechtsmittels der Natur der Sache nach über die Instanz hinaus, in welcher auf die Appellation des Gegners, welche zu der Adhäsion Gelegenheit gegeben, erkannt worden, sich nicht erstrecken könne. Dieser Ansicht hat man jedoch beizutreten nicht vermocht. Vielmehr ist der gebrauchten

Adhäsion, vorausgesetzt, daß sie im concreten Falle überhaupt für statthaft zu erachten (was bekanntlich nur insofern anzunehmen, als der Adhärent wörtlich die nämliche Disposition des Erkenntnisses zur Beschwerde zieht, gegen welche der Appellant gravaminirt hat und als sie sich an ein formell zulässiges Rechtsmittel des Gegners anschließt) ganz die nämliche Wirkung wie einer Appellation beizulegen, d. h. durch selbige eben so wie durch eine Appellation die Rechtskraft des Urthels, gegen welches sie gerichtet, in den betreffenden Punkten für selbstständig suspendirt anzusehen. Es erscheint dies als unmittelbare Folge des gemeinrechtlichen Grundsatzes von der Gemeinschaftlichkeit der ordentlichen Rechtsmittel (vergl. l. 39. Cod. de appellat. 7. 62.), worauf das ganze Institut der Neben- oder accessorischen Adhäsion beruht, welcher auch im Sächs. Proceßrechte (vergl. const. elect. 19. P. I.) im Allgemeinen beibehalten und durch die ältere P.-O. Tit. XXXV. §§. 2. 3. nur insoweit beschränkt worden, als danach diese Gemeinschaftlichkeit, falls überhaupt eine Partei eine solche geltend machen will, sich blos auf diejenigen Punkte des Urthels erstrecken soll, gegen welche der Leuterant oder Appellant Beschwerde erhoben hat. Ebendeshalb hat sich auch in Sachsen der Gerichtsbrauch dahin festgestellt, daß die Verzichtleistung des Appellanten auf die eingewendete Appellation nicht den Verlust der Adhäsion, wenn diese vorher bereits gültigerweise erklärt worden, zur Folge hat (vergl. Kind, quaest. for. tom. III. Cap. 78. edit. 2. Biener, syst. proc. §. 178.), was sich nicht rechtfertigen würde, wenn man die Adhäsion in Betreff der gravamina communia hinsichtlich ihrer suspensiven Wirkung nicht der Appellation ganz gleich stellen wollte.

Hiernach hat es keinem Bedenken unterliegen können, Klägerin für befugt zu achten, gegen das vorige Urthel auch insoweit nochmals zu appelliren, als sie früher erfolglos dagegen sich der Adhäsion an das Rechtsmittel des Beklagten bedient hatte, und da somit das Gravamen des Beklagten, daß Klägerin in voriger Instanz anstatt als Adhärentin als Appellantin bezeichnet worden, jeder materiellen Bedeutung entbehrt, so hat man sich auch nicht veranlaßt finden können, auf diese, lediglich auf eine leere Formfrage hinauskommende Beschwerde etwas zu verfügen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Grossin gegen Oehme, vom 13. November 1855.) γ.

88.

Die erst pendente concursu eintretende Fälligkeit der Forderung des Gemeinschuldners hindert das Compensationsrecht des Schuldners desselben gegenüber dem Concurse nicht.

„Zuvörderst ist zu bemerken, daß man der Meinung der vorigen Instanzen, wonach es als ein nothwendiges Erforderniß der im Con-

curse von dem Schuldner des Gemeinschuldners auszuübenden Compensation angesehen worden, daß auch die Forderung des Gemeinschuldners, auf oder gegen welche compensirt werden soll, bereits vor Eröffnung des Concurses fällig gewesen, nicht beizupflichten vermag, vielmehr der Ansicht ist, daß durch die erst pendente concursu eintretende Fälligkeit der Forderung des Gemeinschuldners das Compensationsbefugniß des Schuldners desselben gegenüber dem Concurse keineswegs ausgeschlossen werde, dafern nur sonst termini habiles zur Compensation vorhanden sind, namentlich die Gegenforderung, mit welcher compensirt werden soll, vor Eröffnung des Concurses verfallen ist. Das Oberappellationsgericht hat den ebenbemerkten Grundsatz, wegen dessen Begründung man sich der Kürze halber auf die im Wochenblatte für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1848 S. 6 f. und in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. XIII. S. 393 mitgetheilten Entscheidungen bezieht, zeither constant befolgt und weder in der besondern Gestaltung des vorliegenden Rechtsfalls noch in dem, was zur Unterstützung der entgegengesetzten Ansicht von der vorigen Instanz Bl. — deducirt worden, einen Anlaß finden können, davon wieder abzugehen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen des Curat. bon. in Wiesenhaverns Concurse gegen Schneider, vom 28. September 1855.)

γ.

89.

Vor erlangter Kenntniß von der erfolgten Acceptation kann der Promittent sein Versprechen mit Erfolg revociren.

„Wenn auch an sich aus der ꝛc. Bl. — liquid vorliegenden Thatsache ꝛc. eine factische Acceptation der Schenkungsofferte des Klägers zu folgern, so würde doch immer dadurch das Recht des Beklagten, seine Offerte zu revociren, noch nicht ausgeschlossen gewesen sein, da es an allem Nachweise darüber fehlt, daß Beklagter von der vorbemerkten, als factische Acceptation aufgefaßten Handlung der Klägerin vor dieser Revocation Kenntniß erlangt gehabt habe. — Wenn Klägerin die Richtigkeit dieser bereits von der vorigen Instanz gemachten Einhaltung unter Beziehung auf Curtius (Handbuch 3. Thl. §. 1238. not. d.) widerspricht und den Grundsatz befolgt wissen will, daß die erfolgte Acceptation, auch wenn sie dem Promittenten noch nicht bekannt geworden, die Zurücknahme des Versprechens ausschließe, so hat dem nicht beigestimmt werden können. Daß dem Verfasser jener Note l. c., welche außerdem mit der im Texte der §. vorgetragenen Theorie nicht in Einklang stehen würde, nur der singuläre Fall vor Augen geschwebt, wo eine an den Promissar gerichtete schriftliche Offerte vorausgegangen und dessen Antwort, auf welche der Promittent den Umständen nach zu warten verbunden gewesen, zwar bereits unterwegs, aber noch nicht in dessen Hände gelangt gewesen, zeigt die Bezugnahme auf **Hommel, Rhaps. obs. 409. n. 18.,**

wo nur dieser Fall vorausgesetzt ist. Wäre dem aber auch nicht so, so würde man doch kein Bedenken tragen können, jene Ansicht als eine unrichtige zu bezeichnen. Denn es liegt in der Natur der Sache und dem Wesen des Vertrags, daß die Einwilligungserklärung des Mitpaciscenten in den von dem andern Theile in Antrag gebrachten Vertrag nur dann eine den letztern vinculirende Wirkung äußern kann, wenn sie ihm selbst oder einer ihn repräsentirenden Person gegenüber ausgesprochen worden, so lange aber dieß nicht geschehen, der Promittent oder Offerent also von der Einwilligung des andern Theiles keine Kenntniß erlangt hat, ein Vertragsverhältniß noch nicht als abgeschlossen betrachtet werden kann, und hieraus folgt von selbst, daß der Promittent, insofern er sich nicht etwa durch Verwilligung einer Bedenkfrist verpflichtet hat, auf die Erklärung des Promissars eine bestimmte Zeit lang zu warten, oder, wie bei Verträgen unter Abwesenden anzunehmen, dem Promissar soviel Frist, als zur Benachrichtigung des Promittenten von seiner Willenserklärung unumgänglich erforderlich, als stillschweigend verwilligt vorauszusetzen ist, in der Zwischenzeit seinen Antrag zurückzunehmen berechtigt sei. Im vorliegenden Falle hat nun aber Klägerin darauf, daß Beklagter vor der von ihm erklärten Zurücknahme seiner Schenkungsofferte Kenntniß von der (als Acceptation angesehenen) Einreichung der rc. Registratur bei dem Gegenbuche zu Freiberg erlangt gehabt habe, in ihrem Beweise gar nicht articulirt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Preußerin gegen Preußer, vom 18. September 1855.) γ.

90.

Vidimirte Abschriften von Privaturkunden sind an sich, auch wenn sie Theil der Acten geworden, ohne Beweiskraft.

„Es beruht völlig außer Zweifel, daß die Production einer Privaturkunde in einer Abschrift, selbst wenn letztere gerichtlich vidimirt worden, aller processualischen Wirkung entbehrt, da eine Privaturkunde erst dann Beweisfähigkeit erhält, wenn sie vom Proceßgegner als ächt anerkannt worden, eine deßfallsige Erklärung aber der Natur der Sache nach dem letztern nur erst nach erfolgter Vorlegung des Originals angesonnen werden kann. Hat das Proceßgericht oder eine andere öffentliche Behörde die Vidimirung einer Abschrift von einer solchen Urkunde bewirkt, ohne daß eine Recognition der gegenüberstehenden Partei, gegen welche die Urkunde als Beweismittel dienen soll, vorausgegangen, so kann dies der letztern durchaus nicht präjudiciren, da die Vidimirung in einem solchen Falle weiter nichts darthut, als daß die Abschrift mit einer einseitig für ächt ausgegebenen Scriptur übereinstimmt, für die Aechtheit selbst aber keinen Beweis zu begründen vermag.

Eben so wenig kann durch die Aufnahme einer derartigen Ab-

schrift zu den Acten an dem obengedachten Sachverhältnisse etwas geändert werden, und ganz mit Recht ist daher von der vorigen Instanz bemerkt worden, daß Intervenient die beim 20. Bew. Art. von ihm inducirte Verkaufsnote, deren Eigenschaft als documentum privatum an sich außer allem Zweifel ist, im Productionstermine im Original produciren mußte, wenn er derselben nicht den Bestimmungen der Erl. Proc.-Ordn. ad Tit. XXV. §. 1. und dem Präjudize der Ladung Bl. — zufolge verlustig gehen wollte."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Geitmer's gegen v. Borke und Cons., v. 29. Febr. 1856.) γ.

91.

Auf Vergleiche, welche von einer Person abgeschlossen werden, die zwar um das Armenrecht nachgesucht, aber den Armeneid noch nicht geleistet hat, sind die Bestimmungen in §. 14. ad Tit. 1. der Erl. Proc.-Ordn. nicht anwendbar.

„Wenn Klägerin, welche sec. fol. — keine „geschworne Arme" ist, der betreffenden Vorschrift im Eingange §. 14. ad Tit. 1. der Erl. Proc. Ordn. eine angebliche Praxis hat entgegenstellen wollen, um den der Klage zuwiderlaufenden Vergleich fol. — zu beseitigen, so würde eine solche Praxis jedenfalls nicht zu billigen sein, weil sie den ausdrücklichen Gesetzesworten zuwiderliefe, die zwar von „allen Vergleichen," aber nur von allen mit „geschwornen Armen" geschlossenen Vergleichen sprechen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Eilenbergerin gegen Gläser, vom 26. Februar 1856.) γ.

92.

Der Vormund ist an einen für seinen Tuenden abgeschlossenen Vergleich so lange gebunden, als die obervormundschaftliche Genehmigung dazu nicht ausdrücklich abgeschlagen worden.

„In der Hauptsache ist man mit der vorigen Instanz vollkommen darüber einverstanden, daß der Vormund eines außerehelichen Kindes den Stuprator auf Erfüllung der ihm gesetzlich obliegenden Alimentationspflicht auf die Zukunft, mithin auf die Gewährung der Alimente von Zeit erhobener Klage an, in rechtlichen Anspruch zu nehmen befugt sei, und daß es zu Begründung einer hierauf gerichteten Klage weder des Beitritts der Mutter, noch der Bezugnahme darauf bedürfe, daß der Vormund die Sorge für die Erziehung und den Unterhalt des Kindes übernommen habe. Der Schlüssigkeit der vorliegenden Klage steht aber der Vergleich entgegen, welchen nach Bl. — der Kläger selbst als Altersvormund des außerehelichen Kindes und die Mutter des letzteren mit dem Beklagten abgeschlossen und

in Folge dessen sie bereits eine Summe von 100 Thlrn. auf das vereinbarte Aversionalquantum der 120 Thlrn. empfangen und angenommen haben. Denn Verträge, welche der Vormund im Interesse seines Pflegebefohlenen mit dritten Personen abschließt, bedürfen zwar zu ihrer Gültigkeit in Ansehung des Bevormundeten in der Regel der obervormundschaftlichen Genehmigung, dessenungeachtet aber sind sie nicht vom Anfang an und unbedingt ungültig, sondern wie sie einerseits den selbstständigen Contrahenten sofort verpflichten, so hängt in Ansehung des Bevormundeten die volle rechtsverbindliche Wirkung nur noch von dem Eintritte eines künftigen Ereignisses, nämlich der Genehmigung des Vormundschaftsrichters, ab. Es muß hierbei vorausgesetzt werden, daß der Vormund für seine Person von der Zweckmäßigkeit des Vertrags im Interesse seines Tuenden überzeugt gewesen und daß beide Theile davon ausgegangen seien, daß das vormundschaftliche Decret dazu werde erlangt werden können. Der contrahirende Vormund kann also auch nicht willkürlich von dem, was er selbst verhandelt hat, zurücktreten, sondern es liegt ihm seinem Mitcontrahenten gegenüber wenigstens die Verpflichtung ob, den Vertrag der obervormundschaftlichen Behörde vorzutragen und deren Entschließung darüber einzuholen; denn erst, wenn das erstere geschehen und die letztere versagt worden ist, kann der Vertrag als ein unbedingt für den Tuenden unverbindlicher angesehen werden. Kläger hätte sich also ausdrücklich darauf beziehen müssen, daß er den fol. — zu lesenden Vergleich der obervormundschaftlichen Behörde angezeigt und deren Entschließung verlangt habe, das nöthige Decret aber abgeschlagen worden sei. Dies hat er nicht in gehöriger Maße gethan, denn die in der Klage Bl. — enthaltene Behauptung, daß das obervormundschaftliche Decret nicht ertheilt, noch später beigebracht worden sei, läßt nicht erkennen, ob Kläger der betreffenden Behörde den Vergleich zur Decretsertheilung angezeigt und ob letztere abgeschlagen worden sei.

Diesem Mangel wird auch dadurch nicht abgeholfen, daß das Proceßgericht, welches auf die vorliegende Klage ausgefertigt und in erster Instanz darüber entschieden hat, zugleich die vormundschaftliche Behörde ist. Denn nirgends hat sich dasselbe darüber ausgesprochen, ob ihm der gedachte Vergleich bereits vor Anstellung der Klage zur Decretsertheilung vorgelegen und ob und welche Entschließung dasselbe hierüber gefaßt habe, und obwohl jetzt der Beklagte Bl. — auf Decretsertheilung angetragen, so findet sich auch über diesen Antrag keine Resolution in den Acten vor. Bedenkt man dazu, daß das Proceßgericht den Kläger angebrachtermaßen abgewiesen, so läßt sich nicht einmal annehmen, daß der Kläger zur Anstellung seiner Klage etwa ausdrücklich autorisirt worden sei.

Unter diesen Umständen kann unerörtert bleiben, ob nicht, wenn der Kläger den gedachten Vergleich ohne Weiteres als ungültig zu betrachten befugt gewesen wäre, dem Beklagten das Recht zugestanden

haben würde, die ihm solchenfalls zu restituirenden 100 Thlr. auf diejenigen Alimente in Compensation zu bringen, welche von Zeit der erhobenen Klage an erwachsen sind und beziehentlich weiter gelaufen sein würden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Leithold's gegen Schade, vom 21. Februar 1856.) γ.

93.

Die Rechtsgrundsätze von der aqua pluvia leiden auf Düngergruben keine Anwendung.

„Das Anführen Bl. —, daß wegen der höhern Lage und abschüssigen Construction der fraglichen Düngergrube eine Nothwendigkeit der behaupteten Servitut (der Aufnahme des Abflusses aus derselben) vorliege, stellt sich als unbegründet dar, da die Rechtsgrundsätze von der aqua pluvia hier nicht Platz ergreifen, und auch andere Düngergruben ohne einen besondern Abfluß bestehen.

Die Rechte selbst erkennen an, daß es Mittel giebt, einen solchen entbehrlich und unmöglich zu machen.

> Sachsenspiegel, Buch II. Art. 51. am Schlusse: „Gänge, das sind Heimlichkeiten, soll man auch bewirken bis an die Erden, die da gegen eines andern Mannes Hof überstehen — Cloacae etiam versus curiam vicini versae usque ad terram muniantur." —

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen A—s gegen das Domcapitel zu M., vom 23. Februar 1856.) γ.

94.

Contractliche Bestimmungen wegen Einräumung eines Vorkaufsrechtes sind in dubio restrictiv zu erklären. — Das nämliche gilt, und zwar mit noch mehr Grunde, von Stipulationen wegen Wiederkaufs.

„Der nach Bl. — am 28. März 1854 verstorbene J. C. F—r hatte von seinem am 4. Juli 1853 verstorbenen Sohne C. F. F—r vier verschiedene, in der Stadtflur M. gelegene rc. Grundstücke für zusammen 5000 Thlr. unter Einräumung des Wiederkaufsrechtes an den Verkäufer für eine im Voraus bestimmte Summe erkauft. Nur dieses Wiederkaufsrecht, welches die Erben C. F. F—s, die Impetraten, als ein durch Erbgangsrecht auf sie übergegangenes in Anspruch genommen haben, die Erben J. C. F—s aber, die Impetranten, als ein dem Verkäufer F—r nur für seine Person zuständig gewesenes und daher nach dessen Tode erloschenes angesehen wissen wollen, war schon in voriger Instanz der alleinige Gegenstand der Entscheidung rc.

Bei Beurtheilung der vorliegenden Differenz ist zwar der vorigen

Instanz darin beizupflichten, daß, wie das Oberappellationsgericht schon mehrfach ausgesprochen (cf. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle Jahrg. 1849 pag. 11. Heyne's Commentar, 2. Bd. pag. 202.), Vorkaufsrechte an sich keineswegs zu den sogenannten juribus personalissimis gehören, sondern activ und passiv auf die Erben übergehen können. Allein es ist dieser Grundsatz mit Rücksicht darauf, daß Vorkaufsrechte eine Dispositionsbeschränkung enthalten, stets nur mit der Modification angenommen worden, daß bei Bestimmungen, durch welche ein Vorkaufsrecht constituirt worden und welche eine verschiedene Deutung zulassen, die Restrictivinterpretation einzutreten habe, mithin eine Beschränkung des Rechtes auf diejenigen Personen, denen es ausdrücklich stipulirt worden, anzunehmen sei.

cf. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. IX. pag. 380.

Diese Grundsätze über die Transmissibilität des Vorkaufsrechts sind aber, wie die erste Instanz Bl. — mit Recht hervorgehoben, in noch höherem Grade bei dem Wiederkaufsrechte in Anwendung zu bringen, da durch letzteres die Dispositionsfreiheit der Verpflichteten noch ungleich mehr beschränkt wird, indem er beim Vorkaufe durch Unterlassung der Veräußerung die Nothwendigkeit der Wiederabtretung des erworbenen Grundstücks an den Berechtigten vermeiden kann, dagegen beim Wiederkaufsrechte diese Wiederabtretung jeder Zeit von dem Belieben des Wiederkaufsberechtigten abhängt.

Es kommt daher in jedem einzelnen Falle darauf an, die Verhältnisse und Bedingungen, unter welchen ein Wiederkaufsrecht bestimmt worden, zu untersuchen, beziehentlich die darüber abgefaßten Urkunden zum Anhalt zu nehmen 2c. 2c.

Die betreffende, etwas mangelhaft stylisirte Bestimmung in §. II. (des Kaufvertrages zwischen F—r sen. und F—r jun.) lautet aber:

> In gegenseitigem Einverständnisse behält sich der Verkäufer an den vorstehend verkauften Grundstücken das Wiederkaufsrecht, mithin das Recht, dieselben jederzeit, wenn es ihm beliebt, die vorstehend von a—e aufgeführten Grundstücke für die Summe von zusammen 5000 Thlr. wieder zu kaufen, hiermit ausdrücklich vor, und räumt andererseits der Käufer das in der vorstehenden Maße bedungene Wiederkaufsrecht hiermit ausdrücklich ein.

Es enthält also diese Bestimmung zunächst nichts, was das Wiederkaufsrecht als besonderes auch im Interesse der Erben des Wiederkaufsberechtigten darzustellen vermöchte, vielmehr wird speciell nur dem Willen einer Person, dem Verkäufer, Etwas eingeräumt und diesem vorbehalten, jederzeit, wenn es ihm beliebt, die Grundstücke für den Kaufpreis von 5000 Thlrn. wieder zu kaufen. Hätte es nicht dem Willen der Contrahenten entsprochen, den Gebrauch des Wiederkaufsrechts auf die Person des Verkäufers zu beschränken, so hätte bei der ausdrücklichen Hervorhebung des Umstandes, daß die

Ausübung des Rechts dem Verkäufer jeder Zeit, wenn es ihm beliebe, zuständig sein solle, es sehr nahe gelegen, die Ausübung des Rechts auch für die Zeiten, wo erstere nicht mehr von dem Belieben des Verkäufers abhängig, in Erwähnung zu bringen, jenes Recht also auch den Erben vorzubehalten. Gleichwohl ist dies nicht geschehen.

Es kommt noch hinzu, daß der beregte Kauf zwischen Vater und Sohn kurz vor des letztern Tode auf dessen Krankenlager abgeschlossen worden ist, und daß, wenn dem Verkäufer daran gelegen hätte, seinen Erben das Grundstück zu erhalten, es der Veräußerung mit dem Vorbehalte eines Wiederkaufsrechtes, welches vielmehr nur auf den Fall der Wiedergenesung des Verkäufers berechnet gewesen zu sein scheint, gar nicht erst bedurft hätte, während andererseits die aus diesen thatsächlichen Vorgängen nach Bl. — von den Impetranten abgeleitete Muthmaßung: daß der Verkäufer mit dieser Art der Veräußerung einer gerichtlichen Gutssequestration habe vorbeugen, jedoch mittelst des bedungenen Wiederkaufsrechts seinen minorennen Erben die Grundstücke selbst habe erhalten wollen, um so gezwungener erscheint, als man dann unter Supposition ganz neuer und aus dem Vertrage selbst nicht zu ersehender Thatsachen davon auszugehen hätte, daß der abgeschlossene Kaufcontract im Wesentlichen ein Scheingeschäft enthalte, und nur zu Hinterziehung einer lästigen obervormundschaftlichen Maßregel, welcher ohnedem von dem Erblasser durch andere Anordnungen hätte vorgebeugt werden können, vorgegeben worden sei.

Kann nun auch zugegeben werden, daß die den Impetranten entgegenstehenden Momente nicht so stringent sind, um die rechtliche Ausführung des Gegentheils — wie sie aber auch im Erkenntnisse 1. Instanz den Impetranten nachgelassen worden ist — auszuschließen, so ist doch nicht zu verkennen, daß mindestens die vorhandenen Vertragsbestimmungen über die Transmissibilität des in Frage befangenen Wiederkaufsrechtes eine verschiedene Deutung zulassen, was allein schon nach den Eingangs erwähnten Grundsätzen dazu führen muß, derjenigen Interpretation, welche für die Beschränkung des bestellten Wiederkaufsrechts auf die Person des Berechtigten die Vermuthung für sich hat, so lange den Vorzug zu geben, als nicht unter Beibringung geeigneter Thatsachen rechtlich ausgeführt wird, daß das Wiederkaufsrecht zugleich im Interesse der Erben ausbedungen worden sei."

(Urthel des O.-A.-G. in Christian Ernst Eichler's Nachlaßsache, vom 7. Febr. 1856.) γ.

95.

Die Bezeichnung des Flächeninhalts eines Feldgrundstücks nach Scheffeln ist nicht unbedingt für ungenügend oder zu unbestimmt zu erachten.

„Es kann zugegeben werden, daß, wenn der Kläger nichts mehr angegeben hätte, als daß ihm eine gewisse Scheffelzahl Landes ver-

kauft worden sei, diese Angabe als ungenügend sich darstellen würde, wenn er nicht zugleich nachzuweisen vermochte, daß in der betreffenden Gegend der Flächenraum des Grundes und Bodens nach diesem Maßstabe berechnet und welches Scheffelmaß dabei allgemein zu Grunde gelegt zu werden pflege. Im vorliegenden Falle hat aber der Kläger in seiner Klage nicht allein denjenigen Theil der, ihrer Lage und ihren Grenzen nach von beiden Theilen übereinstimmend bezeichneten Parcelle Num. 289., welcher ihm verkauft worden sei, durch die Angabe der Grundstücke, an welche derselbe auf drei Seiten anstößt, beschrieben, sondern auch angeführt, daß dieser Theil einen Flächenraum von 1½ Waldenburger Scheffel habe enthalten sollen, wornach sich denn, bei Abmessung eines dem entsprechenden Stück Landes auch die vierte Grenzlinie finden lassen würde. Daß, wenn das Scheffelmaß für die Größenbestimmung eines Grundstücks angewendet wird, hierunter ein Scheffel Aussaat zu verstehen, kann als bekannt vorausgesetzt werden und ist von Beklagtem Bl. — auch ganz richtig verstanden worden; eben so muß, wenn von einem Scheffel Aussaat im Allgemeinen die Rede ist, hierunter in Mangel anderer specieller Bestimmung der Parteien die Kornaussaat verstanden werden. Beklagter hat auch nicht bestritten, daß in dortiger Gegend ein, unter dem Namen „Waldenburger Scheffel" benanntes Getreide- und Flächenmaß bestehe, und es läßt sich hiernach allenthalben nicht bezweifeln, daß die Größe dieses Maaßes, über welche die Parteien selbst gar keinen Zweifel ausgesprochen haben, als etwas in der Umgegend Notorisches sofort festgestellt, hiernach aber nach Befinden unter Zuziehung eines Sachverständigen, an der betreffenden Stelle des Flurstücks N. 289. soviel Grund und Boden werde nach Quadratruthen abgemessen werden können, als für einen Scheffel Kornaussaat nach Waldenburger Maß erforderlich ist; eine Ermittelung, welche möglicherweise schon nach dem Verhältnisse, in welchem ein Dresdner Scheffel Aussaat zu 150 Quadratruthen zu einem Waldenburger Scheffel Aussaat steht, erfolgen kann. Auch hat Beklagter von Anfang an kein Bedenken gegen die Möglichkeit und Zulässigkeit dieses Verfahrens erhoben und namentlich im Verfahren Bl. — und bei seiner Appellation gegen das Erkenntniß 1. Instanz eine Abweisung der Klage aus den von der 2. Instanz aus der angeblichen Unbestimmtheit in der Bezeichnung des Kaufsobjectes hergeleiteten Gründen nicht, sondern ein Erkenntniß auf das delatum etc. verlangt. Die Klage war somit auf Klägers gegenwärtige Appellation allerdings aufrecht zu erhalten."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Reichenbachs gegen Porstmann, vom 14. Febr. 1856.)

γ.

96.

Unter welchen Voraussetzungen ist die Lieferung zum Lebensunterhalte nothwendiger Gegenstände an einen Minorennen als eine Vermehrung oder Verbesserung des Vermögens desselben zu betrachten?

„Es kann dahingestellt bleiben, ob die Disposition in §. 8. Cap. XIII. der allgemeinen Vormundschaftsordnung:

> daß derjenige, welcher mit einem Unmündigen einen Handel abschließt, — contrahirt — wenn er zu beweisen vermag, daß dadurch des Unmündigen Vermögen gemehrt oder verbessert worden sei, nach Verhältniß dieser Vermehrung oder Verbesserung seine Befriedigung aus des Unmündigen Vermögen suchen könne,

in der Bl. — ausgesprochenen Allgemeinheit aufzufassen und anzunehmen sei, daß derjenige, welcher einem Unmündigen, auf dessen Verlangen, nothwendige, zu dessen Lebensunterhalte gehörige Gegenstände verkauft oder liefert, zu Geltendmachung seines diesfallsigen Anspruchs auf Grund des mit dem Unmündigen allein abgeschlossenen Vertrags berechtigt sei, und zwar ohne daß es solchenfalls des besonderen Nachweises, daß des Unmündigen Vermögen durch die demselben gewährte Leistung vermehrt oder gebessert worden sei, noch bedürfe. Denn nicht jedweder Gegenstand, welcher an sich vermöge seiner äußeren Beschaffenheit im Allgemeinen den nothwendigen Lebensbedürfnissen beizuzählen ist, ist ein solcher im concreten Falle. Wo aber das Letztere nicht stattfindet, wird oder braucht doch die Veräußerung an den Unmündigen nicht nothwendig mit einer Vermehrung oder Besserung des Vermögens desselben verbunden zu sein. Für einen Minorennen, der bereits mit den nothwendigen Lebensbedürfnissen ausreichend versehen ist, sind, wenn er sich Gegenstände derselben Gattung anderweit verschafft, dieselben nicht mehr nothwendige Lebensbedürfnisse und gewähren, insofern er also ihrer nicht nothwendig bedarf oder sie sonst unbenutzt verschleudert, keinen eigentlichen Zuwachs an seinem Vermögen. Man würde außerdem dazu gelangen, dem leichtsinnigen Schuldenmachen Minorenner, welchem gerade die Gesetze entgegentreten wollen, den größten Vorschub zu leisten und überhaupt jeden Contract, durch welchen ein Minorenner etwas in Besitz nimmt, wenigstens nach Maßgabe des Werthes des Objects für zu Recht beständig zu erachten, was entschieden gegen den Geist des Gesetzes, welches die Ungültigkeit der von Minorennen ohne Zutritt ihrer gesetzlichen Vertreter eingegangenen Verbindlichkeiten als Regel aufstellt, verstoßen würde.

cfr. §. 5. Cap. XIII. der Vorm.-Ordng.

Eine Vermehrung oder Besserung des Vermögens des Minorennen setzt daher voraus, entweder, daß das Vermögen einen wirklichen positiven Zuwachs erhalten, oder doch das dem Minorennen

Gelieferte dazu gedient hat, ihm eine Ausgabe, also eine Verminderung seines Vermögens, zu ersparen, die außerdem hätte eintreten müssen.

Diese Voraussetzung ist aber auch im vorliegenden Falle vorhanden.

Indem nämlich der vorigen Instanz insofern beizupflichten ist, als an sich die Entnahme der in der Klagbeifuge verzeichneten Kleidungsstücke weder mit Rücksicht auf den Zeitraum, innerhalb dessen sie geliefert worden, noch mit Rücksicht auf ihre Beschaffenheit einen übermäßigen, den Verhältnissen des Beklagten nicht entsprechenden, Aufwand erkennen läßt, tritt dermalen noch hinzu, daß Beklagter, wie er beim 12. Einl. Abschnitte zugestanden, diese Kleidungsstücke auch benützt hat. Unter diesen Verhältnissen nehmen aber die dem Beklagten gelieferten Kleidungsstücke allerdings die Eigenschaft eines auch für ihn nothwendig gewesenen Bedürfnisses an, dem durch die Lieferung derselben abgeholfen worden ist. Und man kann daher hier allerdings davon ausgehen, daß bei unterbliebener Aeferung dieser Gegenstände zu deren anderwärtiger Beschaffung aus dem Vermögen des Minorennen ein gleich großer Geldbetrag, als ihn die Klagbeifuge ausweist, hätte aufgewendet werden müssen. Denn auch darin ist der vorigen Instanz beizutreten, daß die in der Klagbeifuge angesetzten Preise, nachdem Beklagter mit dem Kläger keine Bestimmung über die Preise getroffen und daher deren Feststellung dem Ermessen Klägers anheim gegeben gehabt, übrigens aber auch dermalen gegen die Höhe derselben eine specielle Ausstellung nicht erhoben hat, für angemessen zu erachten sind."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Corde's gegen Thomas, vom 7. Februar 1856.) γ.

97.

Die Unterlassung eines rechtzeitigen Antrages auf Restitutionsertheilung in dem eine causa inaestimabilis betreffenden Rechtsstreite, welchen die eine Partei durch fehlerhafte und instructionswidrige Behandlung der Sache Seiten ihres Sachwalters verloren hat, schließt die Klage auf Entschädigung gegen letzteren keineswegs aus.

„Die vorige Instanz hat sich zur Abweisung des klägerischen Suchens im Wesentlichen aus dem Grunde veranlaßt gefunden, weil Kläger die Nachtheile, welche der angeblich durch des Beklagten, seines damaligen Sachwalters, Schuld verursachte ihm ungünstige Ausgang des in der Klage erwähnten Processes wider J. G. H—g für ihn herbeigeführt, dem gedachten H—g selbst gegenüber dadurch würde haben von sich abwenden können, wenn er tempestiv Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versehen des Beklagten beantragt hätte, indem ihm solche in Hinsicht auf die, eine bestimmte Werthschätzung nicht zulassende Beschaffenheit des Streitobjectes auch ohne

vorherige Ausklagung seines gedachten Mandatars nicht zu versagen gewesen sein würde. Dieser Ansicht vermag jedoch die jetzt erkennende Instanz nicht beizupflichten. Denn abgesehen ganz von den Fragen, ob in der That causa inaestimabilis mit Sicherheit als vorhanden anzunehmen gewesen sein würde, und ob dem damaligen Beklagten, jetzigen Kläger, es als eine, den Verlust seines Regreßanspruchs bedingende Nachlässigkeit angerechnet werden könnte, die Beantragung der restitutio in integrum unterlassen zu haben, so handelt es sich im vorliegenden Falle auch keineswegs von einer Versäumung proceßsualischer Fristen Seiten des Sachwalters und einer dadurch dem Clienten zugefügten Benachtheiligung, sondern von einer fehlerhaften und bezüglich instruetionswidrigen Behandlung der betreffenden rechtlichen Angelegenheit in einer rechtzeitig zu den Acten gebrachten Proceßschrift, in welcher Beziehung nach der Rechtsmeinung der jetzigen Instanz eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen culpa advocati überhaupt nicht zulässig ist: (zu vergl. hierüber die in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XIII. S. 327 flg. abgedruckte Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Sachen Eßbach's gegen Leonhardt)."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Winkler's gegen Eisenstuck, vom 23. Februar 1856.) γ.

98.

Zur Erläuterung der Disposition in §. 9. Num. 1. des Mandates vom 6. Novbr. 1828, die Verbürgungen der Eheweiber betreffend.

„In dem zu dem Vermögen E—s ausgebrochenen Concurse hat R. zwei Capitale von zusammen 250 Thlrn. cum annexis liquidirt und zugleich beantragt, daß er mit dieser Forderung an die Stelle der Ehefrau des Cridars um deswillen locirt werde, weil diese ihm versprochen habe, sich für ihren Ehemann zu verbürgen und ihm, dem Liquidanten, mit ihrem Einbringen nachstehen zu wollen. Zur Begründung dieses Antrags hat R. noch angeführt, daß die von ihm dem Cridar dargeliehenen Gelder zur Erbauung des zur Masse gehörigen Hauses verwendet worden seien und daß mithin, außer dem Versprechen der Ehefrau, auch noch eine versio in rem vorliege, weshalb die Ehefrau in jedem Falle ihm nachstehen müsse.

Mit Recht ist man in 1. und 2. Instanz von der Ansicht ausgegangen, daß das bloße Versprechen einer Ehefrau, sich für ihren Ehemann verbürgen zu wollen, ohne den Hinzutritt noch anderer Umstände ihr gegenüber durchaus kein Recht begründe. Man hat daher in 1. Instanz den Antrag R—s, an die Stelle der Ehefrau des Cridars locirt zu werden, für begründet nicht geachtet. Dagegen hat man in 2. Instanz angenommen, daß hier der in §. 9. unter 1.

des Mandates vom 6. Novbr. 1828 gedachte Fall vorliege und deshalb auf Beweis der von N. aufgestellten Behauptung erkannt, daß die Ehefrau des Gemeinschuldners sich wegen der ihm an letzteren angeblich zustehenden Forderungen an 200 Thlrn. und 50 Thlrn. mit ihrem Einbringen verbürgt habe, dieses Darlehn auch zum Auf- und Ausbau des zum Besten der Concursmasse subhastirten Hauses verwendet worden sei. Man ist hierbei von der Ansicht ausgegangen, daß das hier fragliche Haus, wie allerdings der Fall ist, von dem Gemeinschuldner kurze Zeit vor Ausbruch des Concurses neu erbaut worden sei, daß der durch Subhastation dieses Hauses erlangte Erlös bei der Unbedeutendheit des Mobiliars des Gemeinschuldners den Hauptbestandtheil der Masse bilde und daß daher, wenn die Ehefrau den Beweis des von ihr liquidirten Einbringens liefern sollte, sie durch die fraglichen Darlehne N—s in bedeutende Vortheile gekommen sei, indem ihr nunmehr durch die aus dem Hausverkaufe gewonnene Masse das Mittel zu ihrer Befriedigung geboten werde. Es trete daher hier der in §. 9. unter 1. des Mandates vom 6. Novbr. 1828 gedachte Fall ein, daß, wenn eine Ehefrau durch ihre Verbürgung keinen Nachtheil, vielmehr Vortheil erlange, es der sonst erforderlichen gesetzlichen Förmlichkeiten nicht bedürfe. Allein bei nochmaliger Erwägung hat man dieser in 2. Instanz gefaßten Ansicht nicht beitreten können.

In jeder Bürgschaft, in dem Versprechen, für den Hauptschuldner eintretenden Falles Zahlung leisten zu wollen, liegt eventuell ein Vermögensnachtheil. Diesem eventuellen Vermögensnachtheile soll eine Ehefrau sich mit Erfolg nicht unterwerfen können, wenn nicht die §. 1. des angezogenen Mandates vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind. Diese Förmlichkeiten sollen nur dann wegfallen können, wenn der Ehefrau durch die Verbürgung selbst kein Vermögensverlust erwächst. Es müssen mithin, wenn eine ohne die vorgeschriebenen Förmlichkeiten von der Ehefrau für ihren Ehemann übernommene Verbürgung von rechtlichem Erfolge sein soll, Thatsachen vorliegen, woraus erhellt, daß die Ehefrau durch die Bürgschaft selbst keinen Vermögensnachtheil oder sogar Nutzen gehabt hat. Bei Beurtheilung der Frage aber: ob die Ehefrau durch die übernommene Verbürgung keinen Nachtheil oder sogar Nutzen gehabt? ist die Zeit hauptsächlich mit ins Auge zu fassen, zu welcher die Ehefrau sich für ihren Ehemann verbürgt hat. Dieser Zeitpunkt giebt in der Regel den Maßstab ab, nach welchem jene Frage zu beurtheilen ist. Nur dann kann von diesem Zeitpunkte abgesehen werden, wenn der Ehemann das Capital, für das sich die Ehefrau verbürgt hat, zum Nutzen der letzteren, in deren Vermögen selbst verwendet hat und mithin eine versio in rem vorliegt. Dann kann nicht behauptet werden, daß die Ehefrau an ihrem eigenen Vermögen, selbst wenn sie die von ihrem Ehemanne contrahirte Schuld bezahlen muß, Nachtheil gehabt hat, indem der Nachtheil, den sie durch Bezahlung

der Schuld des Ehemannes hat, durch den Vortheil compensirt wird, welcher ihr an ihrem eigenen Vermögen erwachsen ist.

Ganz anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn, wie hier, das von dem Ehemanne unter Verbürgung seiner Ehefrau aufgenommene Capital von diesem in seinen eigenen Nutzen, in sein eigenes Vermögen verwendet worden ist. Hier liegt in der von der Ehefrau übernommenen Verbürgung in der Regel ein Vermögensnachtheil. Die Ehefrau muß nämlich dann entweder die von ihrem Ehemanne contrahirte Schuld aus ihrem eigenen Vermögen bezahlen, ohne einen gleich großen Vortheil, wie bei der versio in rem davon zu haben, oder sie muß, wenn zu dem Vermögen ihres Ehemannes Concurs ausbricht, mit ihrem Einbringen und mit ihrem persönlichen Vorzugsrechte demjenigen Gläubiger nachstehen, für dessen Forderung sie sich verbürgt hat. Hiergegen kann man so ohne Weiteres nicht einwenden, daß durch das von dem Ehemanne unter Verbürgung seiner Ehefrau erborgte Capital dessen eigenes Vermögen gestiegen sei, daß nunmehr eine größere Masse vorhanden sei, daß die Ehefrau wegen ihres Einbringens weit eher und besser befriedigt werden könne, als dies früher, wenn der Ehemann das Capital nicht erborgt hätte, der Fall gewesen sein würde, und daß mithin die Ehefrau durch die Verbürgung keinen Nachtheil an ihrem Vermögen gehabt habe. Eine derartige Folgerung ist unrichtig. Um dies zu erläutern, setze man folgenden Fall. Der Ehemann hat ein Vermögen von 300 Thlrn. und außer dem 300 Thlr. betragenden Einbringen seiner Ehefrau noch 200 Thlr. chirographarische Schulden. Unter Verbürgung seiner Ehefrau nimmt der Ehemann noch 300 Thlr. auf, so daß seine Activmasse mit Inbegriff des zuletzt erborgten Geldes sich nunmehr auf 600 Thlr., seine Passivmasse dagegen inclus. des Einbringens der Ehefrau auf 800 Thlr. beläuft. Wäre nun zu dem Vermögen des Ehemannes Concurs ausgebrochen, ehe er das Capital von 300 Thlrn. erborgt, für das sich seine Ehefrau verbürgt hat, so würde letztere vermöge des ihr zustehenden persönlichen Vorzugsrechtes voll befriedigt worden sein und die übrigen chirographarischen Gläubiger würden nichts erhalten haben. Bricht dagegen zu dem Vermögen des Ehemannes der Concurs aus, nachdem sich seine Ehefrau später für 300 Thlr. verbürgt hat, so gehen diese 300 Thlr. der Ehefrau vor, und sie wird mit ihrem Einbringen an die Stelle desjenigen Gläubigers, für den sie sich verbürgt hat, mit den übrigen chirographarischen Gläubigern in eine Classe locirt, so daß sie nunmehr ihre volle Befriedigung nicht erhält. Hätte die Ehefrau sich nicht verbürgt, so würde sie nach wie vor in Folge ihres persönlichen Vorzugsrechtes voll befriedigt worden sein. Sie hat daher durch die übernommene Verbürgung nicht nur keinen Vortheil, sondern sogar einen Vermögensverlust. Möglich ist es allerdings, wie aus vorstehendem Beispiele hervorgeht, daß die Ehefrau durch eine derartige Verbürgung für ihren Ehemann keinen Nachtheil haben kann, und

daß daher eine derartige Verbürgung mindestens zum Theil gültig sein kann. Gesetzten Falles, das Vermögen des Ehemannes bestände in 300 Thlrn., das Einbringen der Ehefrau in 600 Thlrn. und außerdem wären noch 200 Thlr. chirographarische Forderungen vorhanden. Es erborgte nun der Ehemann unter Verbürgung seiner Ehefrau noch 600 Thlr., so daß nunmehr die Activmasse sich auf 900 Thlr. und die Passivmasse auf 1400 Thlr. belief. In diesem Falle würde die Ehefrau allerdings durch die Verbürgung einen Vortheil von 300 Thlrn. gehabt haben, indem sie, statt daß sie früher auf ihr Einbringen von 600 Thlrn. aus der Masse nur 300 Thlr. erhalten hätte, jetzt vielleicht ihre volle Befriedigung erhielte. Nach Höhe dieses Vortheils von 300 Thlrn. würde daher die Verbürgung der Ehefrau auch ohne die vorgeschriebenen Förmlichkeiten rechtlich gültig sein.

Aus vorstehenden Beispielen geht hervor, daß, wie auch schon oben erwähnt worden ist, bei Beurtheilung der Frage: ob die Ehefrau durch die Verbürgung keinen Vermögensnachtheil gehabt habe, allemal die Zeit ins Auge zu fassen ist, zu welcher die Ehefrau sich verbürgt hat.

Aus dem vorstehend Ausgeführten folgt, daß der Liquidant N. zu Begründung seines Antrages nicht blos hätte anführen sollen, daß die Ehefrau sich für die beiden Forderungen habe verbürgen wollen und daß jene 250 Thlr. zur Erbauung des zur Concursmasse gehörigen Hauses verwendet worden seien, sondern daß und welchen Vortheil die Ehefrau des Gemeinschuldners zur Zeit der Erborgung jener beiden Capitale durch ihre Verbürgung erlangt habe, oder daß der Ehefrau durch diese Verbürgung Nachtheile nicht erwachsen wären. Dies würde sich nur mit Bestimmtheit beurtheilen lassen, wenn N. die Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners zur Zeit der Erborgung jener beiden Capitale angegeben und man in Folge dessen nach den oben angegebenen beiden Beispielen beurtheilen könnte, ob und welchen Vortheil die Ehefrau des Gemeinschuldners durch ihre Verbürgung erlangt habe. Wäre der Gemeinschuldner zur Zeit der Erborgung noch solvent gewesen und nur in Folge des von ihm unternommenen Hausbaues insolvent geworden, so liegt es auf der Hand, daß die Ehefrau, selbst wenn jene 250 Thlr. mit zum Aufbaue des fraglichen Hauses verwendet worden wären, durch ihre Verbürgung Nachtheil an ihrem Vermögen erlitten hat. Dasselbe wäre, wiewohl in geringerem Grade, dann vorhanden, wenn der Gemeinschuldner zur Zeit der Erborgung jener beiden Capitale schon insolvent gewesen wäre, indem die Ehefrau in Folge des ihr zustehenden persönlichen Vorzugsrechtes aus der damals vorhandenen Masse, mag sie nun größer oder geringer gewesen sein, vor den übrigen chirographarischen Gläubigern befriedigt worden sein würde.

Kann man nun hiernach aus dem Anführen N—s nicht ersehen, daß die Ehefrau des Gemeinschuldners durch die für ihren Ehemann

ohne die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten übernommene Verbürgung keinen Vermögensnachtheil gehabt habe, oder auf wie hoch sich der angebliche Vortheil belaufe, so kann auch nicht behauptet werden, daß hier der in §. 9. unter 1. des Mandates vom 6. Novbr. 1828 gedachte Fall vorliege. Es war mithin auch Liquidant R. mit seinem Antrage rc. abzuweisen und daher der Bescheid 1. Instanz wiederherzustellen."

(Urthel des O.-A.-G. in Erler's Creditwesen, vom 15. Februar 1856.) γ.

99.

Ein Blanco-Indossament legitimirt den Kläger vollständig auch dann, wenn liquid ist, daß dasselbe ursprünglich nicht für ihn bestimmt gewesen.

„Der Ansicht der vorigen Instanz, daß Kläger zu Anstellung der Wechselklage gegen Beklagten aus dem Bl. — in vidimirter Abschrift ersichtlichen, mit Beklagtens Accept versehenen Wechsel durch das auf dessen Rückseite noch unausgestrichen sich vorfindende Blanco-Giro des Remittenten M. Isaacson & Co., nicht legitimirt sei, hat man beizustimmen nicht vermocht.

Allerdings geht aus Klägers eigenem Anführen Bl. — und aus dem Proteste Bl. — hervor, daß das gedachte Blanco-Indossament ursprünglich nicht für Klägern bestimmt gewesen ist, indem hiernach der Wechsel zur Verfallzeit — am 11. Mai 1855 — in den Händen von B. & Co., auf welche das letzte der auf dem Wechsel sich vorfindenden ausgestrichenen Indossamente lautet, sich befunden hat, von diesen dem Beklagten zur Zahlung vorgelegt und in deren Entstehung protestirt, nachher aber von dem Trassanten und Remittenten Emil Isaacson, als alleinigem Inhaber der Firma: M. Isaacson & Co., eingelöst worden ist, daher erst nach diesen Vorgängen und nachdem er bereits die Reihe der jetzt ausgestrichenen Indossamente durchlaufen gehabt, für welche das dermalen fragliche Blanco-Giro des Remittenten, M. Isaacson & Co., den Ausgangspunct bildete, an den Kläger gelangt sein kann. Allein nichtsdestoweniger stehen dem Kläger die Bestimmungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung in Art. 12. flg. und Art. 36., wonach einerseits ein Blanco-Indossament als vollständig gültig und zur Legitimation des Wechselinhabers ausreichend anerkannt worden, andrerseits ausgestrichene Indossamente bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen werden sollen, um so gewisser zur Seite, jemehr das Blanco-Giro, wie es nun einmal im Wechselverkehre Aufnahme und Anerkennung gefunden hat, schon seiner Natur und seinem Wesen nach jede Erörterung, sowohl über die Zeit, zu welcher es auf den Wechsel gebracht worden, als darüber, für wen es nach der ursprünglichen Absicht des Indossanten bestimmt gewesen, ausschließt, und je weniger das Gesetz einen Unterschied macht, ob die als unbeachtlich bezeichneten

ausgestrichenen Indossamente vor oder hinter dem Blanco-Indossamente sich vorfinden, oder darauf etwas ankommen kann, ob der Wechsel erst nach dem Verfalltage und der Protesterhebung mittels eines Blanco-Indossamentes weiter begeben worden, weil letzterer Umstand die Zulässigkeit eines Blanco-Indossamentes nicht aufhebt oder ausschließt und keineswegs auf die Verpflichtung des Acceptanten, von welcher gegenwärtig allein die Rede, sondern nach Befinden nur auf die der übrigen Wechselgaranten von Einfluß ist. In der That läßt sich auch nicht absehen, welcher Nachtheil für den Acceptanten daraus entstehen sollte, wenn er an einen in der Weise, wie gegenwärtig Kläger, sich legitimirenden Inhaber des Wechsels Zahlung leistet, da er dies nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu thun braucht, übrigens vor weiteren Ansprüchen selbst dann sicher sein würde, wenn der die Zahlung verlangende Indossatar nicht auf rechtmäßige Weise in den Besitz des Wechsels gelangt wäre. Dies könnte nur dann eine Ausnahme leiden, wenn der rechtmäßige Eigenthümer die in Art. 73. der allgemeinen Wechselordnung angeordneten Maßregeln zur Verhütung des Mißbrauchs des ohne seinen Willen in fremde Hände gelangten Wechsels vorgekehrt hätte. Von einem solchen Ausnahmefalle ist aber gegenwärtig nicht die Rede, und Beklagter hat selbst gar nicht einmal behauptet, daß Kläger auf widerrechtliche Weise oder in bösem Glauben den Wechsel erworben habe, oder daß demselben bei dessen Erwerbung eine Fahrlässigkeit zur Last falle. Dieß folgt auch keineswegs aus der Bl. — vorgebrachten — gegenwärtig übrigens schon wegen ihrer gänzlichen Illiquidität nicht zu beachtenden — Exception, wonach Beklagter den Wechsel bereits eingelöst gehabt haben will, dessen eigner Socius aber denselben widerrechtlich weiter begeben haben soll, indem damit blos dem Socius des Beklagten, nicht aber dem Kläger eine widerrechtliche Handlungsweise bei Erwerbung des Wechsels beigemessen erscheint. Dem Vorstehenden zufolge ist, da Beklagter seinen Accept Bl. — recognoscirt hat, in der Hauptsache die von der ersten Instanz ertheilte condemnatorische Entscheidung für gerechtfertigt zu erachten gewesen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Schulze's gegen Hartmann, vom 19. Februar 1856.) γ.

100.

Ueber den Einfluß unrichtiger Angaben des Absenders in dem Frachtbriefe über Beschaffenheit, resp. Quantität oder Gewicht der Waaren auf den Uebergang des periculi rei venditae.

„Wenn auch der Bl. — näher entwickelte Grundsatz, daß bei Verkäufen nach entfernten Orten die Gefahr in der Regel schon von dem Zeitpunkte der Uebergabe der erkauften Waare an den Frachtfuhrmann oder eine an dessen Stelle tretende Transportanstalt auf den Käufer übergehe, an sich ganz richtig ist, so kann derselbe doch inso-

weit keine Anwendung finden, als der Absender der Waare selbst in dem diese begleitenden Frachtbriefe über deren Beschaffenheit, resp. Quantität und Gewicht eigenmächtig wahrheitswidrige Angaben macht. Solchenfalls liegt es vielmehr in der Natur der Sache, daß, soweit dergleichen unrichtige Angaben von Einfluß werden, die Gefahr der verkauften Sache bei dem Absender so lange bleibt, bis dieselbe bei dem Käufer angelangt und von diesem in Empfang genommen worden ist, indem der letztere eben durch ein Gebahren der bezeichneten Art Seiten des Absenders außer Stand gesetzt wird, wegen des Manco an Zahl oder Gewicht den Frachtfuhrmann verantwortlich zu machen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Anspach's gegen Gebrüder v. A., vom 5. Februar 1856.) γ.

101.

Die Zuständigkeit eines Fahrbefugnisses berechtigt den Dominans an sich noch nicht, auf dem Grundstücke des Serviens eine feste Brückenanlage zu machen; es folgt dies auch nicht aus dem Rechte, den Fahrweg im Stande zu halten.

„Wenn auch rechtskräftig feststeht, daß dem Beklagten auf dem Grundstücke des Klägers ein Fahrbefugniß zustehe, so folgt hieraus doch noch keineswegs das Recht des Beklagten, auf dem Grundstücke des Klägers über dessen Mühlgraben eine neue Brücke zu erbauen, eine Halde zu durchstechen und mindestens theilweise einen neuen Weg anzulegen. Das hier fragliche Fahrbefugniß besteht, wie Beklagter selbst zugiebt, schon seit dem Jahre 1843, ist ausgeübt worden, ungeachtet eine feste Brücke bis zum Jahre 1850, wo die gegenwärtig streitige Brücke erbaut worden, nicht bestanden hat, vielmehr ist das Fahren über den Mühlgraben angeblich dadurch ermöglicht worden, daß Holzstücken zeitweilig über den Mühlgraben gelegt worden sind. Wenn nun auch Beklagter, wie beide Parteien einverstanden sind, berechtigt ist, den fraglichen Weg auf seine Kosten im Stande zu halten, so liegt hierin doch nicht zugleich die Berechtigung, eine neue, feststehende Brücke zu erbauen und hinsichtlich des Wegetracts von der frühern Richtung, wie aus dem Durchstechen der Halde hervorzugehen scheint, abzugehen. Es liegt hierin eine größere Beschwerung des dienenden Grundstücks, als die frühere, und es muß daher auch Beklagter, wenn er diese größere Beschwerung behauptet, darthun, daß solche ihm von Klägerm gestattet worden sei."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Bretschneider's ꝛc. gegen Reiche-Eisenstuck, vom 15. Februar 1856.) γ.

102.

Die bloße Erklärung, die Klage zurückzunehmen, enthält keinen Verzicht auf den Anspruch.

„Es könnte den Anschein gewinnen, als ob in der Auslassung Beklagtens Bl. —

„der Vorbesitzer Klägers, R., habe die gegen ihn, Beklagten, früher erhobene Klage deshalb zurückgenommen, weil zwischen ihm und R. ein Hauptvergleich über alle zwischen ihnen anhängigen Rechtssachen abgeschlossen worden, in Folge dessen, weil alle Streitigkeiten zwischen ihnen dadurch niedergeschlagen worden, R. seine Klage zurückzunehmen und fallen zu lassen verbunden gewesen sei,"

nicht wenigstens das Geltendmachen einer peremtorischen Exception, daß der Anspruch des Vorbesitzers Klägers auf die in Frage befangene Prädialservitut durch einen mit Beklagtem getroffenen Vergleich aufgehoben worden sei, zu erblicken und daher dem Beklagten der Beweis dieser Einrede nachzulassen sei.

Allein jene, ohnedem auffallend allgemein gehaltene, Auslassung enthält nichts Thatsächliches darüber, daß die Niederschlagung aller Streitigkeiten zwischen R. und dem Beklagten ein Aufheben des R.'n zuständig gewesenen Anspruchs in sich begriffen habe. Selbst angenommen, daß zwischen R. und dem Beklagten ein Hauptvergleich stattgefunden hat, so folgt noch nicht daraus, daß — was eben Beklagter auch nicht behauptet hat — der Anspruch R—s in Wegfall gelangt ist.

Die Schlußworte der Auslassung Beklagtens weisen vielmehr darauf hin, daß er das Aufhören des Anspruchs nur aus der von R. erklärten Zurücknahme der Klage folgert. Und wenn in dieser Beziehung ja noch ein Zweifel hätte obwalten können, so müßte derselbe vollends verschwinden, wenn Man die neuerlichen Erklärungen des Beklagten Bl. — in Betracht zieht. Denn hier giebt Beklagter unzweifelhaft zu erkennen:

daß R., weil er das Gut an den Kläger verkauft und ihm daher an der weiteren Verfolgung des Anspruchs nichts gelegen, einfach die Klage zurückgenommen habe, daß aber in der Rücknahme einer Klage ein Verzicht auf den Anspruch enthalten sei, wenn nicht bei der Zurücknahme der Klage der Anspruch ausdrücklich vorbehalten werde.

Diese Folgerung ist aber eine irrige, da Verzichte restrictiv zu interpretiren und daher nicht weiter auszudehnen sind, als die grammatische Auslegung der Verzichtserklärung gestattet.

Der Kläger, welcher einfach eine Klage zurücknimmt, nicht aber zugleich causae renuncirt, hat daher dem ihm zustehenden Anspruche selbst und dessen späterer rechtlichen Verfolgung keineswegs entsagt.

Es konnte deshalb auch in dem Vorbringen Beklagtens Bl. — nicht die Behauptung eines von Klägers Vorbesitzer erklärten Verzichtes auf den libellirten Anspruch erblickt, mithin auch hierunter nicht zu Nachlassung eines Ausfluchtsbeweises gelangt werden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Müller's gegen Weinigel, vom 16. Februar 1856.) γ.

103.

Ladungen zur Publication von Entscheidungen müssen sub praejudicio erlassen werden.

„Nach der von dem Königl. O.-A.-G. befolgten Ansicht muß die Ladung zur Publication einer rechtlichen Entscheidung das Präjudiz enthalten, daß in Ansehung der außenbleibenden Partei die Entscheidung für bekannt gemacht erachtet werden solle. Denn obschon die Erl. P.-O. ad Tit. XXXIV. §. 5. die Nothwendigkeit dieses Präjudizes nicht ausdrücklich erwähnt und nur der Frist, welche die Ladung enthalten solle und der richtigen Insinuation speciell gedenkt, so wird doch in dieser Stelle im Allgemeinen auf die ad Tit. IV. über die Citationen ertheilten Vorschriften verwiesen und in §. 5. ad Tit. IV. ist unter besonderer Erwähnung der Schwörungs- und Publicationstermine von der in der Ladung befindlichen Commination, für deren Inhalt die in §. 6. ad Tit. IV. und §. 5. ad Tit. XXXIV. getroffene Bestimmung, daß beim Ausbleiben der Parteien das Urthel pro publicato erachtet werden solle, ein genügendes Anhalten bietet, die Rede. Auch entspricht die obige Rechtsmeinung dem in §. 1. ad Tit. IV. und §. 2. ad Tit X. ausgesprochenen Grundsatze, daß bei solchen Ladungen, von deren richtiger Befolgung die Vermeidung eines Rechtsnachtheils abhängt, jedesmal der Citation das entsprechende Präjudiz inserirt werden solle. Da nun vorliegenden Falles die Bl. — ersichtliche eventuelle Vorladung zu Publication eines Bescheides ein solches Präjudiz nicht enthält, so konnte auch bei deren Mangelhaftigkeit der Bl. — ertheilte Bescheid rücksichtlich des außengebliebenen Klägers nicht in Contumaz für bekannt gemacht erachtet und in dessen Consequenz auch die Bl. — allerdings erst nach Ablauf des decendii eingereichte Appellation nicht für versäumt erklärt werden, wodurch sich zugleich das eventuelle Restitutionsgesuch Klägers erledigt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Greif's gegen Gotthelf, vom 26. Februar 1856.) γ.

104.

Eine solidarische Verpflichtung beider Großeltern unehelicher Kinder zu deren Ernährung findet nicht Statt. — Auch sind dieselben nur von angestellter Klage an zu einem Alimentationsbeitrage verpflichtet.

„Eine Correalverbindlichkeit der Großeltern unehelicher Kinder in Betreff der Ernährung solcher Kinder ist weder in dem Mandate vom 12. November 1828, noch sonst in den Gesetzen angeordnet, mithin kann, wenn beide, der Großvater und die Großmutter, noch leben und nicht etwa das Unvermögen des einen oder des anderen derselben behauptet und nachgewiesen ist, eine solidarische Verurtheilung derselben nicht eintreten. Auch sind die Großeltern eines unehelichen Kindes, wenn sie nach §. 5. des erwähnten Mandats die Reihe trifft, in der Regel

nur zu einem Beitrage von angestellter Klage an verpflichtet, da bis dahin das Kind ernährt worden ist, und es bedarf folglich in Betreff der von einem frühern Zeitpunkte als von der Klaganstellung an geforderten Alimente die Klage der Mutter als derjenigen, welche in der Reihe der Verpflichteten den Großeltern vorangeht, einer besondern Begründung.
Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. II. S. 511. f. unter VII."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Paulin gegen Körner und Körnerin, vom 29. Februar 1856.) γ.

105.

In wiefern besteht unter mehreren Cessionaren einer und derselben Forderung ein Vorzugsrecht.

„Wenn eine Forderung in einzelnen Theilbeträgen nach und nach an verschiedene Personen abgetreten wird, so begründet die Zeitfolge dieser einzelnen Cessionen, dem abgetretenen Schuldner gegenüber, kein eigentliches Prioritätsverhältniß unter den Cessionen, ja es würde der Cedent selbst, wenn er seine Forderung nicht vollständig abgetreten, sondern einen Theil davon zurückbehalten hätte, beim Concurse des abgetretenen Schuldners gleiche Rechte mit seinen Cessionaren genießen, falls er nicht hierauf besonders verzichtet haben sollte. Der Grund hiervon liegt darin, daß die Ansprüche jedes einzelnen Cessionars auf einem und demselben, zwischen dem Cedenten und dem abgetretenen Schuldner bestandenen Vertragsverhältnisse beruhen, daß nur ein Forderungsrecht existirt und durch die antheilige Cession desselben an eine Mehrzahl anderer Personen nur soviel bewirkt werden kann, daß an die Stelle eines Gläubigers mehrere Personen getreten sind, welche das Forderungsrecht des Cedenten nach antheiligen Summen als dessen Singularsuccessoren geltend machen.

Die Zeitfolge dieser Cessionen kann nur in dem Falle in Betracht gelangen, wenn der Gläubiger dabei mehr cedirt hat, als seine Forderung betrug; hier müssen der oder die letzten Cessionare denen, welche frühere Abtretungen erlangt haben, nachtreten, jedoch nicht, als wenn durch die Zeitfolge der Abtretungen, ähnlich wie bei hypothekarischen Forderungen, ein prioritätisches Verhältniß entstanden wäre, sondern deshalb, weil der Cedent, nachdem er schon früher den ganzen Betrag seiner Forderung abgetreten hatte, bei den spätern Cessionen über etwas verfügt hat, worüber er nicht mehr rechtsgültig verfügen konnte.

Insoweit nun aus diesem Grunde einzelne Cessionen unwirksam sind, können sie gegen den abgetretenen Schuldner oder dessen Concurs gar nicht geltend gemacht, insofern dagegen die Abtretungen gültig und durch den Gesammtbetrag der antheilig abgetretenen Forderung gedeckt sind, haben die betreffenden Cessionare gleiche Rechte gegen den debitor cessus, woraus folgt, daß bei dessen Unvermögen zur vollen Bezahlung seiner Schuld das auf dieselbe ausfallende Perceptionsquantum unter die gedachten Cessionare pro rata der ihnen abgetre-

tenen Summen vertheilt werden muß, wie dieß Bl. — nur mit andern Worten, richtig ausgedrückt worden ist. Und hierbei macht es auch keinen Unterschied, ob die Cessionen auf einen gleich Anfangs zur Ziffer gebrachten Betrag lauten, oder ob, wie im vorliegenden Falle, dem Cessionar soviel, als zur Deckung einer, der Ziffer nach bestimmten Summe bez. sammt gewissen Zinsen und Kosten abgetreten worden ist, denn auch in diesem letzteren Falle ist die Cession schon von Anfang an nicht auf die ganze Forderung der Cedenten erstreckt, sondern auf einen gewissen Theil dieser Forderung unter gleichzeitiger Festsetzung des Maßstabes, nach welchem die Summe der Cession künftig berechnet werden soll, beschränkt worden, so daß, wenn es zur Auszahlung der cedirten Forderung kommt, der bei der Berechnung sich ergebende Betrag der durch die Cession getilgten Forderung zugleich den Betrag dessen, was cedirt worden, repräsentirt. Wenn gleichwohl eine dem Anverlangen des Appellanten im Wesentlichen entsprechende Abänderung des vorigen Erkenntnisses erfolgt ist, so beruht dies darauf, daß Inhalts der Bl. — ersichtlichen Urkunde der Cedent T. sich zugleich zu Gunsten des Appellanten verpflichtet hat, von dem, was von der theilweisen, dem letzteren (an Zahlungsstatt) cedirten Forderung für ihn übrig bleibe, nichts in Anspruch zu nehmen, als bis sein genannter Gläubiger und Cedent sich wegen Capitals-Zinsen und Kosten vollständig befriedigt haben werde, wobei T. auch überdieß noch dem Cessionar Sch. mit jenem, ihm damals verbliebenen Forderungsantheile ausdrücklich nachgetreten ist. Durch eine solche Erklärung, welche einer Cession der ganzen Forderung an den Appellanten zum Behufe seiner Befriedigung aus deren Erlöse gleichsteht, hatte sich also der Cedent zu Gunsten seines damaligen Cessionars in der Verfügung über den ihm verbleibenden Forderungsbetrag in der Maße beschränkt, daß er nunmehr von seinem Schuldner namentlich auch aus dessen Concurse nur soviel als nach Befriedigung des Cessionars übrig blieb und zu erlangen war, fordern dürfte, und da bekanntlich niemand mehr und umfänglichere Rechte, als er selbst besitzt, auf andere übertragen kann, so ergiebt sich von selbst, daß alle diejenigen Personen, welche später als der Appellant Cessionen auf den dem Cedenten übrig gebliebenen Rest seiner Forderung erlangt haben, sich derselben Beschränkung unterwerfen müssen. Nun sind aber nach der actengemäßen tabellarischen Uebersicht Bl. — die sämmtlichen übrigen, gegenwärtig noch in Betracht kommenden Cessionen, mit Ausnahme der, auf mündlicher Erklärung beruhenden Cession H—s, welche nach Bl. — schon im Jahre 1847 stattgefunden haben soll, später als die Cession des Appellanten Sch. erfolgt, so daß, wenn der Bl. — vorgesehene Fall der Insolvenz des v. B—schen Nachlasses eintreten sollte, diese späteren Cessionaren dem Appellanten allerdings nachstehen müßten."

(Urthel des O.-A.-G. im Täuberschen Creditwesen, vom 19. Februar 1856.)

γ.

VII.

Erläuterung des in der Bekanntmachung vom 6. August 1836 unter Nr. III. enthaltenen Rechtssatzes.

Vom Herrn Oberappellationsrath Eduard **Siebenhaar** in Dresden.

§. 1.

Die Frage, ob Descendenten, welche von ihren Abscendenten mit Legaten und Fideicommissen beschwert sind, das Recht haben, außer ihrer legitima auch noch die quarta Falcidia oder Trebelliana abzuziehen, ist schon nach römischem Rechte streitig und es gruppiren sich die Meinungen der Rechtslehrer darüber also:

1) Nach der Ansicht einiger, an deren Spitze Martinus Gosia steht, ist diese Frage unbedingt zu bejahen. Die Gründe, welche dafür geltend gemacht werden, sind folgende:
   a) Es sei hier, wie in vielen andern analogen Fällen, z. B. den in Nov. 8. cap. 2. l. 22. D. de his quibus ut ind. l. 67. D. ad Leg. Falcid. angeführten, die Rücksicht entscheidend, daß die Descendenten doppelte Personen repräsentirten, nämlich erstens die der Descendenten, welchen die legitima gebührte, zweitens die der onerirten fremden Personen, welche Anspruch auf die quarta Falcidia oder Trebelliana hätten.
   b) Ein ganz ähnliches Verhältniß werde in der l. 1. pr. D. si a par. quis erwähnt, wo bestimmt sei, daß der Vater seine Rechte auf die legitima verliere, obschon er nicht als Patron ein Recht auf eine andere Portion vermöge des prätorischen Edictes habe.
   c) Wenn in der l. 10. Cod. ad leg. Falcid. und l. 6. Cod. ad Sct. Trebellian. gesagt werde, es sei bei dem Eintritte der Bedingung des Fideicommisses die quarta

Trebelliana abzuziehen, so ergebe sich daraus, daß die legitima daneben bestehe, weil diese sogleich bei dem Tode des Abscendenten von dem Nachlasse in Abzug komme.

2) Andere Rechtslehrer, in deren erster Reihe Placentinus und Pillius Cremonensis sich befinden, verneinen die Zulässigkeit eines solchen doppelten Abzuges unbedingt und stützen sich dabei auf nachstehende Argumente:
   a) Da der arrogatus, welcher die quarta D. Pii habe, nach der l. 8. §. 15. D. de inoff. test. zur querela inoffic. testamenti nicht zugelassen werde, so müsse das darin liegende Verbot des doppelten Abzuges, insbesondere aber mit Hinsicht auf die angegebene Gesetzstelle §. 9., auch von den Descendenten gelten.
   b) Es sei auf dieses Verhältniß die Vorschrift in der l. 1. §. pen. D. si cui plus quam per Leg. Falc. zu beziehen.
   c) Vorzüglich entscheidend sei die l. 21. §. 2. D. de annuis legatis, nach welcher das mit einem Fideicommisse belegte Kind blos zu einer einmaligen Detraction berechtigt sei.
   d) Paulus in sent. recept. lib. 4. tit. 5. §. 4. spreche ausdrücklich aus, daß der zum Erben eingesetzte Sohn die querela inofficiosi testamenti nicht anstellen könne, weil er vermöge der lex Falcidia oder vermöge des Senatusconsulti Trebelliani ein Viertheil des Nachlasses behalte.

3) Nach einer dritten Meinung, welche zuerst von Azo in der summa der Nov. 1. aufgestellt und von Accursius in der l. 8. §. 15. D. de inoff. test. und l. 10. Cod. ad Leg. Falcid. weiter ausgeführt wird, ist zwischen den bedingten und unbedingten Vermächtnissen zu unterscheiden und bei den ersteren eine zweifache, die eine (der legitima) zur Zeit des Todes des Erblassers, die andere (der Trebelliana) zur Zeit der Restitution, bei der letzeren aber blos eine einfache Detraction (der legitima), zur Zeit des Todes des Erblassers, zu gestatten. Diese Meinung, welche merkwürdig genug die meisten Anhänger gefunden hat, beruht eigentlich auf gar keinem andern Grunde, als demjenigen, welcher aus dem darin angegebenen Unterschiede für die Bestimmung der verschiedenen bei den Abzügen in Betracht kommenden Zeitpuncte

sich ergiebt, während ihr theils die allgemeine Rücksicht, daß derjenige, welcher weniger beschwert ist, im Verhältnisse zu demjenigen, welcher mehr gravirt ist, einen Vorzug nicht genießen kann, theils der Grundsatz, daß der Erbe alles, was er als solcher erhält, in die quarta Falcidia, beziehentlich Trebelliana einzurechnen hat, (l. **11.** pr. l. **50. 74. 91.** D. ad leg. Falcid. und l. **24.** Cod. familiae ercisc.) entgegensteht.

§. 2.*)

Wären bei Beantwortung der oben angegebenen Streitfrage über die Zulässigkeit des Abzuges der legitima neben der quarta Falcidia oder Trebelliana, und umgekehrt, blos die Grundsätze des römischen Rechtes zu berücksichtigen, so dürfte es vielleicht nicht schwer fallen, zu beweisen, daß die unter Nr. **2.** angeführte einfach verneinende Meinung die allein richtige wäre. Für das gemeine Recht bildet aber auch das canonische Recht eine, im Zweifel sogar dem römischen vorgehende, Quelle und in diesem finden sich zwei auf die gedachte Frage bezügliche Stellen. Die erste ist das cap. **16.** (s. g. cap. Rainutius), die zweite das cap. **18. X.** de testamentis (s. g. cap. Rainaldus). Der Fall, welcher der ersteren Stelle zu Grunde liegt, ist folgender: Rainutius hatte seiner Tochter, Adjecta, für den Fall, daß sie ohne Kinder verstürbe, seine Schwester, nebst ihren Nachkommen substituirt. In beiden in der Sache ergangenen Entscheidungen wurde den Erben der ohne Kinder verstorbenen Adjecta die quarta Trebelliana zugesprochen, mit Angabe des Grundes, daß diese einem jeden fremden Erben gebührte; es differirte aber die zweite von der ersten in so fern, als darin dem Erben der Adjecta noch außerdem die legitima, welche von dem ersten Richter ganz mit Stillschweigen übergangen war, zuerkannt wurde. In dem Falle, auf welchen sich die zweite Stelle bezieht, hatte Rainaldus, dem von seinem Vater die Brüder des letzteren für den Fall des kinderlosen Ablebens substituirt waren, das Recht in Anspruch genommen, über denjenigen Theil des von seinem Vater ererbten Vermögens Todes halber zu verfügen, welcher zu

*) Bei diesem und dem folgenden §. ist der von dem Referenten des in der Ueberschrift dieses Aufsatzes angegebenen Rechtssatzes zu den Verfassungsacten des Oberappellationsgerichtes gegebene, gründlich gearbeitete schriftliche Vortrag benutzt. Anmerkung des Verf.

Erfüllung der legitima und außerdem der quarta Trebelliana nöthig wäre und es wurde dieß für begründet anerkannt. Diese Stellen des canonischen Rechtes haben in dieser schon nach dem römischen Rechte höchst bestrittenen Lehre die verschiedenartigsten Erklärungen erfahren.

Erstens liegt die Frage sehr nahe, ob der Papst Innocenz der dritte, von dem das s. g. cap. Rainutius herrührt, das römische Recht abzuändern, oder solches blos zu erklären beabsichtigt habe. Einige Rechtslehrer, unter diesen Walch, ad Eckhardi hermen. jur. §. 338. nehmen das erstere an, indem sie die Ansicht aufstellen, es liege der Entscheidung des Papstes eine besondere Begünstigung der Descendenten zu Grunde. Indessen ist dieß nicht sehr wahrscheinlich, weil Azo, welcher, wie bereits oben erwähnt worden ist, die im §. 1. unter Nr. 3. angegebene Mittelmeinung aufgestellt hat, ein Zeitgenosse des Papstes Innocenz des dritten gewesen ist, und es verdient daher die Meinung derjenigen den Vorzug, welche, wie dieß namentlich von Jan. a Costa, summ. et comment. in Decret. Gregorii IX. pag. 539 und Bach, dissert. de his, quae imputantur in quartam Falcid. §§. 5. u. 10. geschieht, dafür halten, daß der Papst der Lehre Azos gefolgt sei.

Zweitens ergiebt sich der Zweifel, ob bei Erklärung und Anwendung der Bestimmungen des canonischen Rechtes bei den darin namentlich angegebenen Fällen stehen zu bleiben sei, dergestalt, daß, wenn auch Verhältnisse ganz gleicher Art und Natur vorliegen, die Anwendbarkeit des canonischen Rechtes für ausgeschlossen zu betrachten sei. Während einige Rechtslehrer für eine solche stricte Interpretation sich erklären (Bauer, programma, resolutio quaestionis; quatenus heredibus, quibus debetur legitima, fideicommisso universali gravatis duplex et legitimae et Trebellianae deductio competat, in ejus opuscul. acad. T. 1. pag. 199. Bach, l. l. §. 10.) vertheidigen andere die gegentheilige Meinung, indem sie behaupten, daß die ratio des canonischen Rechtes, welche theils in der Verschiedenheit der rechtlichen Natur der legitima und quarta Trebelliana, theils in der Repräsentation mehrerer Personen durch die mit einem Universalfideicommisse belegten Descendenten liege, in allen unter sie fallenden Verhältnissen eintreten müsse. (Boehmer, jus eccles. protest. lib. III. tit. 26. §. 56. tit. II. pag. 1026. Leyser,

med. ad Pand. Sp. 405. med. I.). Indessen läßt sich namentlich mit Rücksicht auf den Widerspruch, in welchem das canonische Recht in dieser Hinsicht mit den allgemeinen Grundsätzen steht, fast nicht mit einigem Grunde daran zweifeln, daß die erstere Meinung vor der letzteren den Vorzug verdiene.

Drittens steht mit dem so eben Gesagten die Frage im Zusammenhange, ob die Vorschriften des canonischen Rechtes, welche zunächst nur auf die von einer Bedingung und Zeitbestimmung abhängigen Fideicommisse sich beziehen, auch auf die unbedingten zu erstrecken seien. Auch in dieser Hinsicht wird von einer großen Zahl Rechtslehrer die Zulässigkeit einer extensiven Interpretation vertheidigt (Gonzalez Tellez, comm. ad Decretales ad cap. XVI. X. de testam. no. 23. t. III. P. 1. pag. 515. Schilter, praxis jur. rom. ex. 40. §§. 21. und 22. Pufendorf, observ. jur. univ. t. II. observ. 82. §. 1.), während andere für die stricte Erklärung sich entscheiden. (Gail, observ. jur. lib. II. observ. 121. no. 6. Mevius, decis. P. VII. dec. 19. Lauterbach, colleg. Pand. lib. 36. tit. 1. §. 33. Wernher, lectis. comm. ad Pand. lib. 36. tit. 1. §. 12. t. II. pag. 978 squ). Nach dem, was oben über das Verhältniß des canonischen Rechtes zu dem römischen Rechte gesagt worden ist, kann jedoch auch hier blos den zuletzt Genannten beigepflichtet werden.

Viertens ist die Frage aufgeworfen worden, ob das Recht zu dem Abzuge der quarta Trebelliana neben der legitima blos den Kindern ersten Grades, oder auch den Descendenten entfernterer Grade zukomme. Mit Berufung auf die gar nicht hieher passende l. 6. Cod. ad Sct. Trebell. hat man das erstere behaupten wollen. (Gail, l. l. obs. 133. n. 4.) Indessen ist mit der Mehrzahl der Rechtslehrer (Voet, comm. in Pand. lib. V. tit. VI. §. 15. Hommel, rhaps. obs. 58. n. 1. Pufendorf, l. l. §. 3. Berger, oecon. jur. lib. II. tit. 4. thes. 34. not. l. pag. 456. Hofacker, princ. jur. §. 1539) das Letztere anzunehmen, weil bekanntlich unter dem Ausdrucke Kinder alle Descendenten wenigstens so lange als inbegriffen anzusehen sind, als, was hier nicht der Fall, ein besonderer Grund für das Gegentheil nicht vorhanden ist.

Endlich fünftens hat man darüber gestritten, ob die Vorschrift des canonischen Rechtes auch auf die Ascendenten, welche

mit einem Fideicommisse belegt sind, anwendbar seien. Diejenigen, welche in den cap. Rainutius et Rainaldus einen allgemeinen Grundsatz ausgesprochen finden, bejahen dieß (Schilter, l. l. §. 22. in f. Lauterbach, l. l. Stryk, de suc. ab int. dis. 7. cap. 1. §. 34. Pufendorf, l. l. §. 4. Hommel, l. l.) diejenigen, welche darin eine von den allgemeinen Regeln abweichende Bestimmung erblicken, verneinen dieß (Voet, l. l. lib. 5. tit. II. §. 16.). Die letztere Meinung ist unzweifelhaft die richtigere.

§. 3.

Soviel die Praxis der Sächsischen Gerichte betrifft, so hatte dieselbe vor Veröffentlichung des in der Bekanntmachung vom 6. August 1336 unter No. III. angegebenen Rechtssatzes sich also gestaltet. Die Frage, ob das canonische Recht auch auf unbedingte Fideicommisse zu erstrecken sei, wird zuerst in Petri Mindani epit. consult. lib. III. quaest. 22. pag. 376. sequ. berührt und mit der Bemerkung verneint, daß die Praxis sich dafür ebenfalls entschieden habe. Carpzov, in def. jur. P. III. cap. 1. def. 20. bezeugt, daß der Schöppenstuhl zu Leipzig in den Jahren 1627 und 1636 in diesem Sinne gesprochen hatte. Gleiche Erkenntnisse der Juristenfacultät zu Wittenberg erwähnen Lueder Mencken, syst. jur. civ. sec. ord. Pand. lib. 35. P. II. §. 2. Berger, in suppl. ad elect. discept. for. t. 1. cons. XLIV. p. 768. und Wernher, observ. for. P. II. obs. 458. In Uebereinstimmung mit den Dicasterien hatte auch das vormalige Landesappellationsgericht im Jahre 1757 und 1798 in den von Kind, quaest. for. t. I. cap. 50. pag. 352 squ. angegebenen Sachen die Meinung, daß das canonische Recht auf unbedingte Fideicommisse nicht anwendbar sei, angenommen und obschon in den von Kind ebenfalls erwähnten Sachen vom Jahre 1801 und 1806 im entgegengesetzten Sinne erkannt worden, so war dennoch in der letzteren Sache bei nochmaliger Berathung der Frage auf die frühere Meinung wieder zurückgegangen worden. Soviel die Frage betrifft, ob das canonische Recht auf Descendenten entfernterer Grade zu erstrecken sei, so war solche allem Anscheine nach nicht zur Entscheidung gelangt, indessen ließ sich, da das vormalige Landesappellationsgericht den Grundsatz, daß unter dem Ausdrucke „Kinder" auch Descendenten entfernterer Grade begriffen wären, in anderen Fällen befolgt hatte,

nicht bezweifeln, daß diese Frage bejaht worden sein würde. So viel aber die Frage angeht, ob die Adscendenten derselben Wohlthat theilhaftig wären, welche das canonische Recht den Descendenten ertheilt, so hatte die Praxis fort und fort geschwankt. Die Dicasterien hatten, wie aus dem, was Carpzov, def. for. t. III. const. 1. def. 21. Lueder Mencken, l. l. lib. 36. tit. I. §. 18. Bauer, l. l. pag. 202. Hommel, l. l. obs. 58. n. 1. Berger, oecon. jur. lib. II. Tit. I. thes. 34. not. 2. pag. 456. darüber sagen, hervorgeht, diese Frage bald bejaht, bald verneint. Am deutlichsten hatte der Wechsel der Entscheidungen sich in einem zwischen Rahel Dorothee verw. Küstner gegen Johanne Margarethe Küstner und Genossen anhängig gewesenen Processe gezeigt. In dieser Sache hatte die Mutter neben der legitima die quarta Trebelliana für sich in Anspruch genommen. Die erste Instanz hatte sie damit abgewiesen, die zweite Instanz aber zu ihrem Gunsten reformirt und dieß war im Jahre 1748 von dem Appellationsgerichte bestätigt worden. So viel endlich die Frage betrifft, ob das canonische Recht auch auf Singularfideicommisse und Legate sich beziehe, so hatten die Dicasterien sich dafür entschieden (Carpzov, def. for. P. III. const. I. def. 21. n. 5. Lueder Mencken, syst. jur. civ. sec. ord. Pand. lib. 35. tit. 2. §. 2.), das Landesappellationsgericht aber hatte in den Jahren 1805, 1806 und 1814 wechselnde Entscheidungen gegeben.

§. 4.

Bei diesem Zustande der Theorie und Praxis in einer so wichtigen Materie, wie der Abzug der quarta Trebelliana neben der legitima ist, war es natürlich, daß das Oberappellationsgericht, welches in den ersten Jahren seines Wirkens von dem ihm in dem Gesetze vom 28. Januar 1835 sub B. §. 9. gegebenen Befugnisse, Rechtssätze bekannt zu machen, öfter Gebrauch machte, als später, wo diese allerdings langsam fortschreitende Fortbildung des Rechtes durch die Gesetzgebung fast ganz verdrängt wurde, in der Bekanntmachung vom 6. August 1836 unter No. III. den auf diesen Gegenstand bezüglichen Rechtssatz publicirte, welcher auch später von allen Spruchbehörden angenommen und befolgt wurde. Der Rechtssatz, welcher also lautet:

> Nur Descendenten, welche in den letzten Willen ihrer Erblasser mit Universalfideicommissen beschwert sind, dür-

> sen, jedoch lediglich alsdann, wenn letzteren eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt und der Abzug des Trebellianischen Viertheiles nicht untersagt ist, von der, nach Abrechnung der Schulden, verbleibenden reinen Erbmasse zuvörderst den ihnen gebührenden Pflichttheil und von der sodann noch übrigen Masse das Trebellianische Viertheil, in so weit die Rechte den Abzug des letzteren gestatten, inne behalten. Eben dasselbe gilt von den Erben der Descendenten, in so fern letztere nicht schon bei Lebzeiten von diesem Rechte Gebrauch gemacht haben. Dagegen findet bei Vermächtnissen und Singularfideicommissen der Abzug des Trebellianischen Viertheiles neben dem Pflichttheile nicht Statt.

entscheidet alle oben in §. 2. angeführten Streitfragen, und zwar auf eine den Anforderungen der Wissenschaft entsprechende Weise, dahin, daß das s. g. cap. Rainutius et Rainaldus einer stricten Erklärung unterliege, lediglich auf den darin benannten Fall zu beschränken und namentlich auf unbedingte Vermächtnisse, und auf Adscendenten nicht zu erstrecken, dagegen zwar plene in der Weise, daß unter Kindern auch Descendenten entfernterer Grade zu verstehen seien, zu erklären, im Uebrigen aber auf Legate und Singularfideicommisse nicht anzuwenden sei. Nach allen diesen Richtungen hin findet der fragliche Rechtssatz in dem in §§. 1. 2. und 3. Gesagten seine Erklärung. Derselbe enthält aber noch außerdem die Entscheidung einiger Zweifel, welche oben noch nicht erwähnt worden sind.

Erstens nämlich wird darin, was freilich bis dahin noch von Niemandem bestritten worden war, ausgesprochen, daß das Recht der Descendenten, welche mit einem an eine Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpften Universalfideicommisse belegt sind, sowohl den Pflichttheil als auch die quarta Trebelliana zu detrahiren, in so weit es nicht vorher bereits ausgeübt worden ist, auch auf die Erben der Berechtigten übergeht.

Zweitens wird darin die Zulässigkeit des Verbotes des Abzuges der quarta Trebelliana Seiten des Testators anerkannt. Dieß bezieht sich auf die Meinungsverschiedenheit, welche zwischen den Rechtslehrern über die Interpretation der l. 6. Cod. ad Sct. Trebellian. und der Nov. 1. Cap. II. §. 2. besteht. Während nämlich einige die Statthaftigkeit des Verbotes der quarta Tre-

belliana mit Beziehung auf die erstere Gesetzstelle bezweifeln, vertheidigen andere solche auf Grund der letzteren Gesetzstelle. Die letztere Meinung ist in dem Rechtssatze gebilligt und unzweifelhaft beruht dieß darauf, daß die Nov. 1. ein späteres Gesetz ist, als die l. 6. Cod. ad sct. Trebellian., und zwar zunächst blos von der quarta Falcidia handelt, aber wegen Gleichartigkeit des Verhältnisses auch auf die quarta Trebelliana um so unbedenklicher bezogen werden kann, als in Sachsen nach dem Erbfolgegesetze vom 31. Januar 1829 §. 5. die Gefahr, deren Berücksichtigung das Senatusconsultum Pegasianum seine Entstehung verdankt, daß nämlich Erbschaften von den dazu berufenen Testamentserben nicht angetreten werden möchten, überhaupt kaum mehr vorhanden sein düefte. Ob ein ausdrückliches Verbot der quarta Trebelliana erforderlich sei, oder solches auch stillschweigend erfolgen könne, wird in dem Rechtssatze nicht entschieden. Indessen dürfte kaum zweifelhaft sein, daß dazu auch verba aequipollentia hinreichen.

Drittens haben die Worte „in so weit die Rechte solches überhaupt gestatten" die Bestimmung, dem Mißverständnisse vorzubeugen, daß in den in dem Rechtssatze vorausgesetzten Fällen die quarta Trebelliana unter allen Verhältnissen und selbst dann, wenn solche nach den allgemeinen Grundsätzen, z. B. bei Familienfideicommissen, ausgeschlossen ist, gefordert werden könne.

Endlich viertens soll durch die Worte „zuvörderst rc. von der sodann noch übrigen Masse," der Streit, welcher über die Art der Berechnung der quarta Trebelliana geführt worden war (Berger, oecon. jur. lib. II. Tit. IV. thes. 34. not. 2. pag. 457, und resp. jur. P. II. 169. Wernher, enunciat. jur. P. II. en. 366.) und zwar dahin entschieden werden, daß von dem Nachlasse zuerst die legitima und von der sodann noch übrig bleibenden Masse die quarta Trebelliana abzuziehen wäre.

§. 5.

So sehr der Werth des fraglichen Rechtssatzes in so fern, als er eine große Anzahl von Zweifeln beseitigt, anzuerkennen ist, so ist dennoch dadurch die Frage wegen der Zulässigkeit des Abzuges der legitima neben der quarta Trebelliana nicht völlig abgeschlossen und ins Reine gebracht worden. Namentlich haben in der neueren Zeit mehrere Controversen sich ergeben, die in jenem Rechtssatze ihre Erledigung wenigstens nicht ausdrücklich finden.

Zuvörderst ist hier ein Zweifel zu erwähnen, der den Namen eines solchen fast nicht verdient, nämlich der, mit welchem Zeitpuncte die mit einem bedingten Universalfideicommisse beschwerten Descendenten zu dem Abzuge der legitima und der quarta Trebelliana berechtigt seien. Denn wer die Geschichte der Streitfrage mit nur einiger Aufmerksamkeit verfolgt, der wird sich sofort überzeugen, daß daran, es könne das Recht zu dem Abzuge der legitima sofort bei dem Antritte des fideicommissarisch beschwerden Nachlasses, zu dem Abzuge der quarta Trebelliana aber erst bei der Restitution an die bedingten Fideicommissare ausgeübt werden, nie gezweifelt worden, vielmehr dieser Grundsatz gerade derjenige gewesen ist, über dessen Einfluß auf das Recht des doppelten Abzuges man sich nicht hat vereinigen können.

Weiter hat man aus dem fraglichen Rechtssatze die Folgerung gezogen, daß die Descendenten auch selbst dann, wenn das Testament ihres Adscendenten die s. g. cautela Socini enthält, im Falle der Wahl des ihnen mit der fideicommissarischen Beschwerde hinterlassenen plus Anspruch auf die legitima haben. Wenn man sich zu Rechtfertigung dieser Ansicht darauf beruft, daß in dem Rechtssatze die Detraction des Pflichttheiles für diesen Fall nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden sei, so ist dagegen zu erwähnen, daß dieß blos dafür spricht, es habe an den allgemeinen Grundsätzen in so weit etwas nicht geändert werden sollen. Nach den letzteren aber läßt sich nicht bezweifeln, daß der Pflichttheilsberechtigte, wenn ihm in dem Testamente mehr, als der Pflichttheil beträgt, cum onere hinterlassen und zugleich bestimmt ist, daß er, im Falle der Verweigerung der Uebernahme des onus, auf den Pflichttheil eingesetzt sein solle, durch die Wahl des hinterlassenen plus cum onere sich des Rechtes auf den Pflichttheil begiebt und auf solches nicht weiter zurückkommen kann. Dieß muß auch in dem Falle des fraglichen Rechtssatzes gelten, weil in dem letzteren nicht etwa das Recht der Pflichttheilserben hat ausgedehnt, sondern blos die Frage wegen des Abzuges der quarta Trebelliana neben der legitima, vorausgesetzt, daß letztere gefordert werden kann, hat entschieden werden sollen.

Dagegen kann bei einem consequenten Festhalten der oben §. 4. angegebenen Sätze von einem Verluste des Rechtes der Descendenten auf die legitima durch Anerkenntniß des sie mit einem bedingten Fideicommisse belastenden Testamentes ihres Ad-

scendenten und durch Ablauf der für die querela inofficiosi testamenti geltenden kurzen Verjährung keine Rede sein.

Endlich ist nur noch zu erwähnen, daß die Praxis der Sächsischen Gerichte nach Publication des Rechtsgrundsatzes für die Anwendbarkeit der l. 6. Cod. ad sct. Trebellian. auch in dem Falle des Abzuges der quarta Trebelliana neben der legitima sich entschieden hat.

Präjudizien.

106.

Der Käufer eines Thieres, welcher gegen den Verkäufer die actio redhibitoria mit Erfolg angestellt hat, ist nicht verbunden, den letzteren wegen des durante processu stattgefundenen Gebrauchs des Thieres zur Arbeit, oder dessen sonstiger ordnungsmäßigen Benutzung zu entschädigen.

„Kläger verlangt ein tägliches Lohn von 20 Ngr. für den Gebrauch eines Pferdes, welches er dem Beklagten am 15. Februar 1853 käuflich und beziehendlich tauschweise überlassen und übergeben hat, und zwar nach Bl. — auf die Zeit vom ebengedachten Tage an bis zum 12. April 1854.

Nach der übereinstimmenden Angabe beider Parteien hat es mit diesem Pferde die Bewandniß, daß der jetzige Beklagte auf Wiederaufhebung des Handels wegen Staarblindheit des ersteren wider den jetzigen Kläger eine redhibitorische Klage erhoben und in Folge des diesfälligen Prozesses eine rechtskräftige Verurtheilung seines Gegners erlangt hat. Von einem Leih- oder Miethgelde, welches der Kläger nach Bl. — deshalb fordern zu können meint, weil Kläger das gedachte Pferd seit der Uebergabe und während des Prozesses in seiner Wirthschaft gebraucht und resp. dem Käufer seines Gutes diesen Gebrauch mandatweise überlassen habe, kann offenbar nicht die Rede sein, da ein hierauf abzweckender Vertrag zwischen den Parteien nicht stattgefunden hat und der Käufer oder Tauschempfänger einer fehlerhaften Sache, dieselbe bis zur wirklchen Redhibition als Eigenthümer, nicht als Miether, benutzt.

Es könnte sich also nur darum handeln, ob der Kläger die geforderte Vergütung als eine Entschädigung für die, während jener Zeit und bis zur Zurückgabe ihm entgangene Benutzung, oder als einen vom Beklagten während seiner Besitzzeit gezogenen Gewinn zu beanspruchen habe. Nun soll zwar bei der Redhibition, soweit thunlich, der frühere Zustand unter den Betheiligten wiederhergestellt werden, und hieraus folgt, daß der Käufer oder Tauschempfänger der fehlerhaften Sache nicht blos diese letztere in möglichst unversehrtem Zustande, sondern auch die Zugaben und die von derselben gewonnenen Früchte und Erzeugnisse zurückstellen muß;

vergl. l. 1. §. 1. l. 21. pr. l. 23. §. 7 und 9. D. de aed. ed.

hierzu gehört aber der Vortheil nicht, welchen der Käufer durch den eigenen Gebrauch der Sache zu dem ihrer Beschaffenheit entsprechenden Zwecke erlangt hat, es bringt vielmehr dieser Gebrauch, ohne eine Verbindlichkeit zum Ersatze zu begründen, nur die Folge mit sich, daß der Käufer die Kosten des Unterhaltes, resp. der Fütterung, nicht verlangen darf.

l. 30. §. 1. D. ibid.

Schweppe, römisches Privatrecht §. 433.

Unterholzner, Schuldverhältnisse des römischen Rechtes, §. 468.

Ebensowenig entsteht eine Ersatzverbindlichkeit daraus, daß der Käufer jenen Gebrauch einer dritten Person unentgeltlich verstattet, da hierdurch irgend ein Gewinn von ihm nicht gezogen wird.

Die Meinung des Beklagten, daß Kläger während des frührern Prozesses das fehlerhafte Pferd dem Proceßgerichte habe übergeben müssen, ist nach den so eben angezogenen gesetzlichen Bestimmungen unbegründet, auch würde dem Prozeßrichter, abgesehen von besondern Fällen, keine Verbindlichkeit obliegen, sich dieser Deposition zu unterziehen. Die Weigerung des jetzigen Klägers, das Recht des Käufers auf Wiederaufhebung des Handels anzuerkennen und das mit einem Hauptfehler behaftete Pferd zurückzunehmen, welche sich nach dem Ausgange des hierüber geführten Prozesses als eine unbegründete dargestellt hat, konnte, wie selbstverständlich, den Beklagten nicht verpflichten, im Interesse seines Verkäufers besondere Maßregeln zu ergreifen, und wenn Letzterer dessenungeachtet das streitige Pferd bei Gericht oder einer dritten Person eingestellt hätte, so würde dieß nur als eine zu seiner eignen Sicherstellung ergriffene Maßnehmung zu betrachten gewesen sein, wodurch aber an dem zwischen den Contrahenten bestehenden Rechtsverhältnisse etwas nicht geändert worden wäre. Am wenigsten aber konnte durch die unbegründete Weigerung des Klägers, den fraglichen Handel wieder aufzuheben und das fehlerhafte Pferd gegen Erstattung dessen, was er dafür empfangen hatte, zurückzunehmen, ein Anspruch auf Vergütung für den Gebrauch dieses Pferdes begründet werden, welcher selbst bei der sofortigen Bereitwilligkeit des Verkäufers, dem Anverlangen des Käufers nachzukommen, in Ansehung der Vergangenheit nicht vorhanden gewesen wäre.

Wenn endlich der Kläger sich auch darauf bezieht, daß der Käufer des dem Beklagten zugehörigen Gutes sich geweigert habe, das fehlerhafte Pferd ihm zurückzugeben, so könnte, wenn man hieraus einen den Beklagten treffenden Verzug in der Befolgung des rechtskräftigen Judicats im redhibitorischen Prozesse erblicken wollte, durch diesen Verzug immer nur ein Anspruch auf Ersatz des Nachtheiles begründet werden, welchen der Kläger durch die ihm entzogene Benutzung des gedachten Perdes erlitten hätte, und es würde sich dabei fragen, ob

der Betrag des geforderten Lohnes als ein richtiger Maßstab für diesen Verlust anzusehen sei. Allein Kläger hat nicht einmal zu behaupten vermocht, daß er auch seinerseits dem Erkenntnisse zu genügen im Stande und gehörig bereit gewesen sei; und daß er das nicht gekonnt, geht daraus hervor, daß er nach Bl. — das ihm tauschweise vom Beklagten überlassene Pferd bereits verkauft hatte, weshalb auch nach Bl. — am 12. April 1854 ein Vergleich abgeschlossen worden ist, vermöge dessen, nach Klägers eigener Versicherung, der Beklagte das fehlerhafte Pferd behalten sollte."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Greif's gegen Herz, vom 26. Februar 1856.) 7.

107.

Zur Anstellung der Negatorienklage berechtigt jede Handlung, welche der Eigenthümer ohne das Bestehen eines besonders erworbenen Rechtes nicht zu dulden braucht, gleichviel ob sie schadenbringend oder mit der Absicht der Ausübung oder Erwerbung eines Rechtes verbunden gewesen oder nicht.

„Die von dem Beklagten Bl. — angezogenen Quellenaussprüche betreffen den Gegenstand und den Zweck der confessorischen und negatorischen Klage. Die letztere ist nicht, wie der Beklagte unter Bezug auf §. 2. Inst. de action. IV. 6. annehmen will, zur Ableugnung behaupteter Rechte an unkörperlichen Dingen bestimmt, denn nach §. 1. I. de reb. incorpor. II. 2. gehören Grundstücke zu den körperlichen Sachen und gerade der Eigenthümer eines solchen ist derjenige, für welchen nach römischem Rechte die negatorische Klage bestimmt war. L. 1. 2. D. si servit. vind. VIII. 5. Vielmehr ist nur der Gegenstand beider, sowohl der confessorischen als negatorischen Klage eine res incorporalis, nämlich ein Recht an fremden Grundstücken, und der Zweck der auf dem Eigenthume beruhenden negatorischen Klage besteht darin, die Freiheit desselben von Rechten und Befugnissen dieser Art zur formalen Anerkennung zu bringen. Allerdings ist es für die Statthaftigkeit einer solchen Klage erforderlich, daß eine äußere Veranlassung für den Kläger vorhanden gewesen sei, die richterliche Hülfe zu diesem Zwecke in Anspruch zu nehmen; hierzu reicht aber auch jede Handlung des Beklagten aus, welche in ihrer objectiven Erscheinung eine Störung des Eigenthümers in der ausschließlichen Benutzung seiner Sache enthält, und insbesondre eine solche, welche der in der Klage bestrittenen Servitut, als Besitzact, entspricht. Daß diese Handlung schon an und für sich allein und ohne Rücksicht auf die Anmaßung eines Befugnisses, welche darin erblickt werden könnte, eine dem Eigenthümer schadenbringende sein müsse, ist nicht zuzugeben, und wenn in einzelnen Stellen des römischen Rechtes Handlungen oder Unterlassungen dieser Art als Gründe

für die Anstellung einer Klage angeführt werden, so berechtigt dies nicht zu der Annahme, daß nur in solchen Fällen, wo sich der Beklagte entweder eine Servitut ausdrücklich gegen den Eigenthümer beilegt oder eine Handlung unternommen habe, welche schon an sich schadendbringend sei, die Erhebung einer negatorischen Klage als zulässig erscheine. Auch kann in Bezug auf die Frage, ob gegründete Veranlassung zu Anstellung der negatoria vorhanden sei, der an sich schädliche Character der Handlungen nicht wesentlich in Betracht kommen, denn auch eine Handlung dieser Art kann vorkommen, ohne daß es dabei in der Absicht ihres Urhebers gelegen, ein Recht damit auszuüben, oder ein solches zu erwerben, vielmehr ist der Gesichtspunkt der entscheidende, ob die Handlung eine solche sei, welche der Grundeigenthümer ohne das Bestehen eines besonders erworbenen Rechts nicht zu dulden braucht und gegen deren Consequenzen er sich schützen darf.

Im vorliegenden Falle wird dem Beklagten das Recht, den über das Grundstück des Klägers führenden Rain, auf dessen Größe und Beschaffenheit hierbei gar nichts ankommt, zu begehen, bestritten; er hat Bl. — zugegeben, daß er wenigstens einmal bei Besorgung seiner dienstlichen Verrichtungen zu seiner Bequemlichkeit auf diesem Raine über das Grundstück hinweggegangen sei, er hat also eine Handlung vorgenommen, wie sie derjenige auf fremdem Grund und Boden auszuüben berechtigt ist, welchem eine dem entsprechende Servitut zur Seite steht. Hiernach und da Beklagter die Existenz einer solchen Dienstbarkeit nicht zu behaupten vermocht hat, ist die in der Hauptsache und Kosten halber erkannte Verurtheilung des Beklagten nicht zu vermeiden gewesen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Richter's gegen Riedel, vom 16. Februar 1856.) γ.

108.

Compromisse, wodurch der Provocationsproceß in den Hauptproceß übergeleitet, d. h. die Entscheidung der dem Hauptprocesse angehörigen Fragen herbeigeführt werden soll, müssen, um beachtet werden zu können, ganz speciell und auf die Unterwerfung unter die für den Fall, daß förmliche Hauptklage angestellt worden wäre, gegen den Provocanten als Beklagten in Anwendung zu bringenden processualischen Präjudize gerichtet sein.

„Wenn man auch der Ansicht sein kann, daß bei angestelltem Provocationsprocesse den Parteien gestattet ist, ein Compromiß dahin zu treffen, daß sofort in dem Provocationsverfahren die an sich dem Hauptprocesse anheimfallenden Fragen zur Verhandlung gebracht und darüber entschieden werde, so hängt dies doch von der Voraussetzung ab, daß das Compromiß selbst ein ganz unzweifelhaftes, insbesondre

auch dasselbe rücksichtlich seines Umfangs ein genau bestimmtes sei. Denn wenn eine solche Vereinigung wirksam sein und zu einer consequenten Durchführung gelangen soll, so ist erforderlich, daß bei der Ueberleitung des Provocationsprocesses in den Hauptproceß auf das diesfallsige Verfahren auch alle sonst für den Hauptproceß bestehenden proceßrechtlichen Vorschriften zur Anwendung gelangen. Wollte man von der Nothwendigkeit dieser Bedingung absehen, so würde ein völlig irreguläres Verfahren statuirt werden, in dem zu einer erschöpfenden Entscheidung über die, die Unterlage des Hauptprocesses bildenden Streitfragen in den meisten Fällen nicht gelangt werden könnte. Der erkennende Richter muß daher z. B. in der Lage sein, die proceßrechtlich angeordneten Nachtheile gegen einen Beklagten, welcher trotz der an ihn unter der gesetzlichen Verwarnung erlassenen Ladung eine Klage nicht oder nicht vollständig beantwortet hat, eintreten zu lassen und die Grundsätze über den Verlust der Exceptionen, insbesondre den Nichtgebrauch derselben bei angetragenem und angenommenem Eide zur Anwendung bringen zu können.

Eine consequente Durchführung derartiger Compromisse müßte daher dazu führen, daß der Provocant, welcher einen oder den andern der von dem Provocaten angeführten Ansprüche unbeantwortet gelassen, insoweit des Anbringens für geständig und überführt geachtet werde, ferner daß er der nicht oder nicht schlüssig vorgeschützten connexen Exceptionen verlustig ginge und bei angetragenem und angenommenem Eide über das Vorbringen des Provocaten zu Geltendmachung peremtorischer Exceptionen nicht befugt wäre. Es handelt sich mithin hierunter um sehr gewichtige Rechtsnachtheile, denen Rechtsvortheile entsprechen, welche dem Provocanten zur Seite stehen, auf welche er aber zu verzichten hat. Verzichte lassen sich jedoch nur da annehmen, wo sie entweder klar und ausdrücklich erklärt sind, oder doch aus ganz concludenten Handlungen, die eine andere Interpretation als die Absicht des Handelnden auf eine bestimmte Verzichtleistung gar nicht zulassen, gefolgert werden können.

Das Erstere hat im vorliegenden Falle nicht statt gefunden, und der Annahme eines stillschweigenden Verzichts des Provocanten steht noch besonders entgegen, daß er der von der Provocatin in dem Einlassungssatze einseitig abgegebenen Erklärung wegen des Uebergangs von dem Provocationsprocesse in den Hauptproceß ganz füglich auch die Absicht, einer ihr nachtheiligen Entscheidung in dem gegen sie angestellten Provocationsprocesse zu begegnen, unterlegen und also seinerseits — wenn auch aus irrigen Rechtsansichten — sich bewogen finden konnte, jener Tendenz der Provocatin durch ein materielles Eingehen auf das Vorbringen derselben entgegenzutreten, mit andern Worten: es kann Provocant die punktweise Beantwortung der in dem Einlassungssatze von der Provocatin behaupteten Thatsache und die Annahme des darüber angetragenen Eides unter gleichzeitiger Vor-

schützung von Einwendungen mit Eidesantrag auch als replicatorische Rechtsvertheidigung gegen das in dem Einlassungssatze Vorgebrachte angesehen haben."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Fleischer's gegen Fleischerin, vom 21. Februar 1856.) γ.

109.

Abänderung rechtskräftig zuerkannter Eide ist unter Umständen zulässig. — Wenn der Mandatar die Grenzen des Auftrags überschreitet, so wird der Mandant aus dem von ersterem Verhandelten nicht verbindlich. — Der Behauptung des klagenden Mandatars gegenüber, daß er sich bei Ausführung des Auftrags genau an die erhaltene Vorschrift gehalten habe, ist das Anführen des verklagten Mandanten, daß er eine andere Vorschrift, als die vom Kläger behauptete, dem Mandatar ertheilt habe, nicht Exception, sondern geleugneter Klaggrund.

„Kläger beschwert sich, daß das Erkenntniß der 2. Instanz dem Beklagten den ersten Eid und zwar in einer veränderten Form nachgelassen habe, da derselbe doch nunmehr puro dem Klaggesuche gemäß zu verurtheilen gewesen wäre. Er beruft sich zunächst auf die Rechtskraft des ersten Bescheides Bll. — und meint, daß ihr gegenüber eine Abänderung des Eides ganz unzulässig sei. Allein hierin kann ihm, wie auch schon die 2. Instanz bemerkt hat, nicht beigepflichtet werden. In Folge von Erklärungen und Zugeständnissen dessen, welcher einen rechtskräftig erkannten Eid leisten soll, machen sich Abänderungen der Eidesformel sehr oft nothwendig und die Praxis hat sich für die Zulässigkeit solcher Abänderungen, die auch mit der Theorie gar wohl vereinbar sind, mit Bestimmtheit entschieden. Im gegenwärtigen Falle würde dem Kläger nur dann beizupflichten sein, wenn Beklagtens Zugeständniß im Schwörungstermine die Sache erschöpfte; dem ist aber nicht so. Der Beklagte würde an das, was in seinem Namen der Mäkler Th. rücksichtlich der fraglichen Quantität Weizen mit Klägerm verhandelt haben soll, nicht gebunden sein, wenn entweder Th. gar keinen Auftrag zum Verkaufe des Weizens von ihm erhalten hatte, oder, wenn Th. zwar einen Auftrag hierzu von ihm empfangen, bei der Ausführung aber die Grenzen des Auftrags überschritten hatte, indem er zu einem niedrigern als dem ihm vom Beklagten vorgezeichneten Verkaufspreise verkaufte. Die Gesetze sprechen das Letztere ganz klar aus, indem sie namentlich des Falles gedenken, wenn der Mandatar eine Sache, die er für den Mandanten verkaufen soll, unter dem Preise verkauft, welchen dieser ihm vorgeschrieben hatte:

vergl. die bereits Bll. — angezogene L. 10. C. de procurat. (II. 12/13.) und L. 5. pr. §. 1—4. D. mandat. vel contra (XVIII. 1.)

Wenn daher auch Beklagter jetzt zugestanden hat, daß Th. von ihm zum Verkaufe des Weizens beauftragt gewesen sei, so ist damit doch nicht die anderweite Behauptung des Klägers beseitigt, daß Th. bei der Ausführung des Auftrags genau an die rücksichtlich des Preises von Beklagtem erhaltene Vorschrift sich gehalten habe. Diese Behauptung bildet mit den Klaggrund und es läßt sich nicht sagen, daß in dem Anführen des Beklagten, er habe dem Th. einen höhern als den in der Klage bemerkten Verkaufspreis vorgezeichnet gehabt, eine Exception enthalten sei, mit welcher Beklagter, da er im ersten Verfahren die Ertheilung des Auftrags überhaupt geleugnet und den angetragenen Eid angenommen habe, nicht weiter gehört werden könne. Auch das Proceßgericht hat bei Abfassung des Bescheides Blt. — gefühlt, daß es nicht allein darauf ankomme, ob Th. überhaupt von dem Beklagten Auftrag zum Verkaufe erhalten gehabt habe, denn sonst würde es die Worte: „Zu dem Preise von 91 Thlr. für je 12 Sack oder zu einem höheren oder niederen Preise" als überflüssig nicht mit in den Eid aufgenommen haben, nur hat es anscheinend an die Möglichkeit, daß Beklagter später den Auftrag im Allgemeinen zugestehen und ihn nur in Bezug auf eine so wesentliche Modalität, wie die Limitirung des Verkaufspreises ist, leugnen werde, nicht gedacht, außerdem würde es gleich von vorn herein statt auf zwei auf drei Eide alternativ erkannt haben. Klägers Appellation hat demnach zu einer Abänderung des vorigen Urthels in der fraglichen Beziehung nicht führen können." —

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Uhlmann's gegen Kinne, vom 7. Februar 1856.) *7.*

110.

Ein Verbot des Abzugs der Trebellianischen Quart liegt nicht darin, daß der Testirer dem Erben auferlegt, eine dritte Person zum Erben seines Nachlasses einzusetzen, und ebensowenig ist ein Verzicht auf die Quart in der Agnition einer derartigen Disposition des Erblassers zu finden. — Die Unterlassung der Anfertigung eines Inventars führt den Verlust der Quart nicht herbei. — Die Agnition des Testamentes und der demgemäß erfolgte Erbschaftsantritt verpflichtet den Erben zur Erfüllung auch solcher Bestimmungen des Testators, welche sein, des Erben, eignes Vermögen betreffen.

„Die Einwendungen Klägers, in welchen derselbe das Recht der Beklagten zum Abzuge des Trebellianischen Viertheils von der Hälfte des Nachlasses Johannen Christianen M. bestreitet, bestehen im Wesentlichen darin, daß es

a., die Absicht des verstorbenen Johann Samuel Adam M. gewesen, sein und seiner Ehefrau ganzes dereinstiges Vermögen den

Th—schen Eheleuten zuzuwenden, und daß derselbe diese Absicht durch die angeführte eigenthümliche Wortfassung des gegenseitigen Testaments deutlich zu erkennen gegeben, dem sich die Fiduciarerbin ausdrücklich unterworfen habe. Nun ist aber, wie schon fol. — bemerkt worden, in dem gedachten Testamente und namentlich in der von Klägern ausgehobenen Stelle fol. — ein Verbot in Betreff des Abzugs jener Quart nirgends ausgesprochen, oder aus sonstigen darin enthaltenen Bestimmungen abzuleiten, welche einem solchen gleich zu achten wären, indem aus der der Fiduciarerbin zur Pflicht gemachten Einsetzung der Th—schen Eheleute zu Erben ihres dereinstigen Nachlasses, die Entziehung des nurgedachten ihr gesetzlich zuständigen Rechtes so wenig folgt, als in der Testamentsagnition ein Verzicht auf diesen Anspruch zu finden ist.

Curtius, Handbuch, Thl. 2. Abtheil. 2. §. 788. und 804. Ausgabe 3.

b., die fernere Behauptung Klägers, daß dieser Verlust durch die von der M. unterlassene Anfertigung eines Inventars herbeigeführt worden sei, weil sie dadurch eine sichere Berechnung besagter Quart factisch unmöglich gemacht, oder doch sehr erschwert habe, ist ebenfalls unerheblich. Denn wenn schon an sich ein solches den heres fiduciarius treffendes Präjudiz durch eine Unterlassung dieser Art nicht gerechtfertigt sein würde,

Curtius, d. l. §. 804. not. f. Seite 476 fg.

so ist auch im vorliegenden Falle der Wittwe sec. fol. — die unbeschränkte Disposition über den gesammten Nachlaß ihres Ehemannes auf ihre Lebenszeit eingeräumt worden.

Allerdings ließe sich noch

c., die Frage aufwerfen, ob, da ein Erblasser über den Nachlaß seiner Erbin gültigerweise nur in soweit verfügen könne, als dem letzteren aus der Nachlassenschaft des ersteren zugleich Deckung gewährt worden, und der Erbe, wenigstens in der Regel, nach sächs. Rechte über die Kräfte der Erbschaft nicht gehalten ist, der Abzug der Trebellianischen Quart hier auf ein Mehreres zu erstrecken sei, als was durch das Testament M.'s aus dessen Nachlasse auf seine Ehefrau gelangte, namentlich also nicht auf das zu deren eigner Verlassenschaft gehörige Vermögen; allein auch dieser Zweifel hat zu einer Abänderung der bisherigen Erkenntnisse keine ausreichende Veranlassung dargeboten. In dem Testamente mehrbenannten M.'s ist durch die Worte:

„zu Erben ihres dereinstigen Nachlasses"

in Verbindung mit der vorausgehenden Bestimmung, klar und deutlich die Anordnung getroffen, daß seine Ehefrau nicht blos das, was ihr aus seinem, des obgedachten Testators, Vermögen zu Theil geworden, soweit es bei ihrem Ableben noch übrig, sondern auch ihr eignes Vermögen, wie beides vereint ihren künftigen Nachlaß ausmachen würde, den Th—schen Eheleuten durch Erbeinsetzung zuwenden solle.

Hätte es nun auch mit Rücksicht darauf, daß nach Obigem die M. an die in dem Testamente ihres Ehemannes über ihr eignes Vermögen getroffene Disposition nur in soweit gebunden gewesen, als sie dazu aus dessen Nachlasse Deckung erlangte, nach Befinden derselben freigestanden, ihre dießfallsigen Rechte gegen diese Bestimmung vor Antritt der Erbschaft ihres Ehemannes geltend zu machen, so hat sie dieß doch keineswegs gethan, vielmehr sec. fol. — bei Publication jenes letzten Willens ausdrücklich und ohne allen Vorbehalt erklärt, daß sie solchen hiermit anerkennen, demnach den Nachlaß ihres Ehemannes antreten und solchen in aller Beziehung active et passive vertreten wolle. Durch diese Anerkennung des Testaments und den demgemäß erfolgten Erbschaftsantritt erscheint die M., wie schon fol. — nachgewiesen und von dem Oberappellationsgerichte in mehreren ähnlichen Fällen angenommen, namentlich in der im

Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle, 1848 S. 94 ff.

abgedruckten Entscheidung ausführlich dargelegt worden, allerdings verpflichtet, der auch ihr eignes Vermögen betreffenden Disposition ihres Ehemannes nachzukommen. Nach diesen von dem Testator der Erbin auferlegten und von ihr dem gedachten eignen Anerkenntnisse zufolge zu erfüllenden Verbindlichkeit bestand das Object des Fideicommisses in dem gesammten Vermögen beider M.'schen Eheleute, wie es zur Zeit des Ablebens der M. vorhanden war, und die Hälfte desselben, in welche Beklagte zur Erbin eingesetzt waren, muß daher als derjenige Theil des in Frage befangenen Nachlasses angesehen werden, von welchem denselben, da hier weder ein Erbvertrag, noch ein dem letzteren analog zu beurtheilendes correspectives Testament vorhanden ist, oder, wie schon gedacht, ein dießfallsiges Verbot vorliegt, der Anspruch auf den Abzug des Trebellianischen Viertheils zusteht."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Rieser gegen Kigelin u. Cons., vom 15. Februar 1856.) γ.

111.

Die dem Minderjährigen zustehende restitutio in integrum findet nur gegenüber denjenigen Personen statt, welche mit ihm contrahirt, oder ihm durch Verschulden oder Arglist einen Vermögensverlust zugefügt haben.

„Appellant ist der Meinung, daß, wenn der Nachlaß- und Vormundschaftsrichter seine Schuldigkeit gethan und nach der am 23. April beziehentlich 4. Mai 1849 erfolgten Publication des Testamentes, in welchem das liquidirte Legat ausgesetzt worden, für hypothekarische Sicherstellung dieses Legates Sorge getragen, oder doch die von der eingesetzten Erbin des Legats halber eingeräumte Hypothek sofort und nicht erst am 30. April 1850, beziehentlich noch später zur Eintra-

gung gebracht hätte, ihm eine frühere Hypothek als dem Appellaten S. zugekommen sein würde. Und gegen den hierunter erlittenen Nachtheil will er, weil er damals minderjährig gewesen, restituirt sein.

Allein es würde, selbst wenn Man als ausgemacht annehmen wollte, daß dem Appellanten während seiner Minderjährigkeit durch eine Verschuldung seines Vormundes, insbesondere aber des Gerichts ein erheblicher Vermögensverlust zugefügt worden sei, doch das in der vorliegenden Weise gestellte Gesuch um Restitution gegen diese materielle Verletzung ein ganz unstatthaftes sein.

Das Recht des Minorennen, welches als verletzt angesehen werden könnte, steht an sich in keinem Gegenseitigkeitsverhältnisse zu dem Rechte S.'s in seiner Eigenschaft als hypothekarischer Gläubiger, denn mit dem Letzteren ist im Namen des Unmündigen niemals unterhandelt oder ein Rechtsgeschäft eingegangen worden; von einer gegen die Person S.'s zu gewährenden Restitutionen kann daher an sich nicht die Rede sein.

Diese kann der Natur der Sache nach vielmehr nur gegenüber denjenigen Personen stattfinden, welche mit dem Minorennen contrahirt oder ihm durch Verschulden oder Arglist einen Vermögensverlust zugefügt haben;

cfr. 14. Decision vom Jahre 1746.

Vormundschaftsordnung Cap. XVI. §. 10.

nicht aber kann diese Restitution dazu führen, wohlerworbene Rechte dritter Personen, die jenem Gegenseitigkeitsverhältnisse des Minorennen zu seinem gesetzlichen Vertreter oder der Behörde ganz fern gestanden haben, zu beeinträchtigen. Mindestens kann dies so lange nicht der Fall sein, als nicht beigebracht ist, daß diese dritten Personen an einer Verschuldung oder gar einer Arglist derjenigen, welche den Vermögensverlust des Minorennen herbeigeführt, Antheil oder doch davon Kenntniß gehabt haben.

Selbst in Betreff der O—er Grundstücke, rücksichtlich deren die Hypothekenbücher zu der Zeit, wo die Constituirung der in Frage befangenen Hypotheken erfolgte, noch nicht eröffnet waren, kann daher die verspätete Ausbringung der Hypothek zu Sicherstellung des dem Minorennen beschiedenen Legates nicht den in der Zwischenzeit von dritten Personen in gutem Glauben erworbenen besseren Rechten Eintrag thun.

Bei denjenigen Grundstücken aber, wo die Eröffnung der Hypothekenbücher bereits erfolgt war, stehen noch besonders dem Appellanten die ausdrücklichen Bestimmungen in §. 22. 23. und 26. des Gesetzes vom 6. November 1843 entgegen, wonach die Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher demjenigen, der an einem Grundstücke ein Recht in gutem Glauben erworben hat, gegen denjenigen, zu dessen Gunsten zwar früher ein Realrecht bestellt, dieses aber nicht in das Hypothekenbuch eingetragen worden, schützt, übrigens aber gegen die Unterlassung der Eintragung eines Rechtes und die daraus entstan-

denen Nachtheile die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht stattfindet.

Es ist daher den Bl. — ertheilten Entscheidungsgründen, wonach dem Appellanten nur zu überlassen gewesen, den persönlichen Anspruch auf Schadenersatz wider die hierzu nach dem Gesetze Verpflichteten geltend zu machen, oder, insofern er auf Grund geeigneter Thatsachen das bessere hypothekarische Recht des Appellaten entkräften zu können vermeint, dies besonders auszuführen, durchgängig beizupflichten."

(Urthel des O.-A.-G. im Beck'schen Schuldenwesen, vom 21. Februar 1856.) γ.

112.

Der Richter, welcher die Subhastation vorgenommen, hat die verfallene decima ex officio einzubringen.

„Der Verlust des Zehntheils der Erstehungssumme, in welchen der Ersteher eines Grundstückes unter der in der erl. P.-O. ad tit. XXXIX. §. 17. erwähnten Voraussetzung verfällt, wird in der angegebenen Stelle eine Strafe genannt, welche von dem Richter ex officio eingetrieben werden, und im Concurse dem Creditwesen, in andern Fällen aber dem allgemeinen Armenhause zu Waldheim überlassen werden soll. Dieß ist zwar in dem Gesetze, wegen veränderter Bestimmung gewisser der Hauptcasse der allgemeinen Straf- und Versorgungsanstalten gewidmeten Zuflüsse, vom 26. Juni 1837 §§. 1. und 3. dahin abgeändert worden, daß die verfallene decima in den Fällen, in welchen sie zufolge der erl. P.-O. der Straf- und Versorgungsanstalt zu Waldheim zukam, vom 1. Januar 1837 nicht mehr dieser Anstalt, sondern der Armencasse desjenigen Ortes, wo sie verwirkt worden ist, gehört. In allen übrigen Beziehungen aber, namentlich rücksichtlich der Natur des Verlustes der decima, als einer Civilstrafe und rücksichtlich der Art der Eintreibung derselben gelten die Vorschriften der erl. P.-O. noch gegenwärtig.

Nun werden aber die auf das Verfahren bei Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in privatrechtlichen Streitigkeiten bezüglichen Bestimmungen des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 einem unzweifelhaften Gerichtsbrauche nach auch auf die Beitreibung von Gerichtskosten und Strafgeldern in der Weise analog angewendet, daß dem Schuldner die Zahlung mittelst einer dem §. 13. entsprechenden Auflage aufgegeben und wenn diese Auflage unbefolgt bleibt in Gemäßheit der §§. 16. bis mit 19. weiter verfahren wird. Auch erscheint diese Art der Procedur für die Eintreibung der verfallenen noch nicht bezahlten decima um deßwillen angemessen, weil die Ortsarmencasse, welche darauf Anspruch hat, nicht die Stellung einer Parthei einnimmt, welche zu Anstellung einer Executionsklage in Gemäßheit der §§. 86. folgende des Executionsgesetzes verwiesen werden könnte."

(Verordnung des O.-A.-G. vom Monat Februar 1856.)

γ.

113.

Das Retentionsrecht des Pfandgläubigers am Pfande wegen anderer, durch das Pfand nicht gesicherter Forderungen geht durch Cession der letzteren an den Cessionar nicht mit über.

„Wenn man auch zugeben will, daß die Schlußbestimmung in der l. un. Cod. etiam ob chirographar. pecun. (8. 27.), auf welche Mühlenbruch in der Lehre von der Cession der Forderungsrechte (Ausg. 2.) §. 57. S. 553 flg. seine Behauptung, daß das dem Pfandgläubiger nach dem angezogenen Gesetze zustehende Retentionsrecht übertragen werden könne, gründet, keinen directen Beweis hierfür enthalte,

vergl. Sintenis, Handb. d. gem. Pfandrechts §. 27. Note 3. S. 244.

so ergiebt sich doch aus dem gesammten Inhalte dieses Gesetzes, daß dasselbe nur aus Rücksicht auf das besondere Verhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und Pfandschuldner gegeben worden sei, und nur dem Pfandgläubiger als solchem und für seine Person das darin erwähnte Recht habe zugestehen wollen. Denn es wird von der sonst wesentlichen objectiven Voraussetzung eines Retentionsrechts, der Connexität, in diesem Falle ganz abgesehen und die exceptio doli mali, durch welche es geltend zu machen ist, vielmehr hier auf etwas Subjectives gestützt, nämlich so gerechtfertigt, daß der Schuldner, indem er nach Tilgung der Pfandschuld das Pfand zurückverlange, ohne eine zweite, nicht durch das Pfand gesicherte Forderung des Pfandgläubigers zu berichtigen, gegen denselben dolose handle. Dies paßt nur auf das Verhältniß des Pfandschuldners zum Pfandgläubiger, nicht aber auch auf das des erstern zu einem Cessionar des letztern, da auf diesen durch die Cession der chirographarischen Forderung seines Cedenten zwar diese Forderung, nicht aber auch dessen Eigenschaft als Pfandgläubiger, durch welche hier die Annahme eines dolus des Schuldners bedingt ist, hat übertragen werden können. Es erscheint daher das Retentionsrecht in diesem Falle nicht sowohl als ein mit der Forderung selbst auf den Singularsuccessor übergehendes Accessorium der letztern, als vielmehr als ein dem Pfandgläubiger als solchem zustehendes persönliches Privilegium.

Wollte man daher auch in der von Schenk, d. Lehre v. d. Retentionsrecht §. 85. S. 321. angeführten l. 14. §. 1. Dig. comm. divid. 10. 3. über deren Auslegung

Glück, Erl. d. Pand. Th. XI. §. 740. S. 152 flg.

zu vergleichen, einen Beweis für die Uebertragbarkeit des Retentionsrechts überhaupt auf andere finden — obschon in dem darin angeführten Falle der Käufer der Grundstücksparcelle das Retentionsrecht wegen der von seinem Verkäufer und Besitzvorgänger in das Grundstück gemachten, durch den abgeschlossnen Kaufcontract aber mit auf ihn über-

gegangenen Verwendungen nicht sowohl auf Grund einer im Kaufe enthaltenen stillschweigenden Cession desselben, als vielmehr in eignem Namen und zwar als nunmehriger Besitzer der Sache geltend macht — so würde doch immer in Ansehung des dem Pfandgläubiger als solchem zustehenden Retentionsrechts aus dem oben angegebenen Grunde eine Ausnahme zu machen sein. Hiernach bedarf es auch nicht erst eines Eingehens auf die Frage, ob etwa im vorliegenden Falle die Zurückhaltung des Pfandes schon durch das in der Urkunde Bl. — enthaltene Versprechen Beklagtens, die ihm verpfändete Lebenspolice gegen Zahlung der Pfandschuld zurückgeben zu wollen, für ausgeschlossen zu erachten sei, obschon man diese Frage mit

Schenk a. a. O. §. 71. S. 264 flg. unter m.

unbedenklich zu Gunsten Beklagtens entschieden haben würde."

(Urthel des A.-Gerichts zu Dresden in Sachen O. v. H. gegen Retzsch. — bestätigt durch Urthel des O.-A.-G. vom 27. März 1856.)

7.

114.

Der Ort der Ausstellung eines eignen Wechsels ist präsumtiv der Wohnort des Ausstellers. — Dadurch, daß Letzterer seiner Unterschrift einen Zusatz beifügt, welcher es zweifelhaft macht, ob er nicht einen andern Wohnort habe, als den Ort der Ausstellung, wird der Wechsel noch nicht zum Domicilwechsel.

„Nach §. 97. der Allgem. Deutsch. Wechsel-Ordnung gilt der Ort der Ausstellung für den eignen Wechsel, insofern nicht ein andrer Zahlungsort angegeben ist, als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Ausstellers. Nun ist der vorliegende, der erhobenen Wechselklage zum Grunde gelegte, in seinem Contexte als Solawechsel bezeichnete, von dem Beklagten Bl. — anerkannte Wechsel in Dresden ausgestellt; es hat also Dresden als der Wohnort des Beklagten zu gelten und ist dieß der Fall, so kann der Wechsel nicht als Domicilwechsel angesehen werden, da Dresden auch als Zahlungsort darin angegeben ist. Die beiden vorigen Instanzen haben ihm aber die Eigenschaft eines Domicilwechsels beigelegt, und zwar die zweite nach Bl. — um deßwillen, weil Artikel 97. nur eine Präsumtion aufstelle, diese aber im vorliegenden Falle durch eine ausdrückliche Erklärung des Beklagten beseitigt sei, indem Letzterer den Wechsel ausdrücklich mit dem Beisatze: „Gutsbesitzer in Pr." unterschrieben und hiermit Pr. als seinen Wohnort bezeichnet habe. Hiergegen ist aber Folgendes zu bemerken: Die Wechsel-Ordnung unterscheidet in Artikel 24. und 99. zwischen dem gezogenen und dem eignen Domicilwechsel, und nach ihr beruht die Wesenheit eines solchen Wechsels bei gezogenen Wechseln auf der Verschiedenheit des in der Adresse angegebenen Ortes und des Zahlungsortes, bei eignen Wechseln auf der Verschie-

denheit des Wohnortes und des Zahlungsortes. Nun gilt nach Art. 4. Nr. 8. bei gezogenen Wechseln der in der Adresse angegebene Ort zugleich als Wohnort des Bezogenen und nach Artikel 97. bei eignen Wechseln der Ort der Ausstellung zugleich als Wohnort des Ausstellers, gleichviel, ob er es in der Wirklichkeit ist oder nicht.

vergl. Berger im Archiv f. deutsch. W.-R. Bd. IV. S. 365.

Artikel 97. enthält also in der fraglichen Beziehung die bestimmte Vorschrift, daß, wenn aus dem Wechsel nicht klar hervorgeht, daß der Aussteller anderswo, als am Orte der Ausstellung, wohnhaft sei, der Ausstellungsort als der Wohnort des Ausstellers gelten solle, und es ist diese Vorschrift offenbar darauf berechnet, gleich von vornherein jede Ungewißheit für die Zukunft zu beseitigen, ob ein eigner Wechsel die Eigenschaft eines domicilirten habe oder nicht. Nun hat zwar im vorliegenden Falle Beklagter seiner Namensunterschrift den erwähnten Beisatz gegeben, allein daraus, daß Beklagter ein Gut in Pr. besitzt, folgt noch nicht, daß nicht Dresden, sondern Pr. sein Wohnort sei und es schon zur Zeit der Wechselausstellung gewesen sei, denn der Besitz eines Grundstücks begründet für sich allein das Domicil noch nicht. Auch ist es möglich, daß Jemand an zwei Orten ein Domicil habe und so könnte auch Beklagter ein solches gleichzeitig in Dresden und in Pr. gehabt haben. Ueberdem lassen sich verschiedene Gründe denken, welche den Beklagten bewogen haben, sich in seiner Eigenschaft als Gutsbesitzer zu unterzeichnen, obwohl Dresden sein Wohnort war. Daß er jetzt bei dem Kreisamte M., unter dessen Jurisdiction Pr. liegt, belangt worden ist, und in der Klage und Vollmacht Bl. — von Klägern selbst als der Gutsbesitzer W. in Pr. bezeichnet ist, spricht in Verbindung mit den Bemerkungen des Proceßgerichtes Bl. — und mit Klägers Antrage Bl. — allerdings dafür, daß Pr. jetzt Beklagtens Wohnort sei, allein dieß Alles läßt einen sicheren Rückschluß auf die Zeit, wo der Wechsel ausgestellt worden ist, nicht zu.

Kann man aber unter diesen Umständen bei der Identität des Wohnorts des Ausstellers mit dem Zahlungsorte den fraglichen Wechsel nur als einen, nach Artikel 96. flg. der Wechsel-Ordnung zu beurtheilenden eignen (trockenen) Wechsel betrachten, so erledigt sich auch der Einwand von selbst, daß nicht rechtzeitig präsentirt und protestirt worden sei, da die hierunter in Artikel 41. für gezogene Wechsel gegebenen Vorschriften, wie aus Artikel 98. sich ergiebt, für eigne Wechsel nicht gelten, in sofern es nur um den wechselmäßigen Anspruch gegen den Aussteller sich handelt. Demnach hat man den Beklagten nunmehr in Capital und Zinsen zu verurtheilen gehabt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Rößig's gegen Wolf, vom 6. März 1856.)

7.

115.

Die Anwesenheit des Ehemannes bei einem von der Ehefrau mit einer dritten Person abgeschlossenen Rechtsgeschäfte begründet, wenn er nicht ausdrücklich widersprochen hat, die Annahme seiner Einwilligung in dasselbe.

„Würde es wirklich in Wahrheit beruhen, daß der Klägerin Ehemann der Kaufsverhandlung und dem Abschlusse des Kaufes beigewohnt und demselben wenigstens nicht widersprochen habe, so müßte darin allerdings eine concludente Handlung für sein Einverständniß mit dem von seiner Ehefrau eingegangenen Kaufvertrage erblickt werden. Die Bestimmung, daß eine Ehefrau ohne Beitritt und Einwilligung ihres Ehemanns vor oder außer Gericht nicht verbindlich handeln kann, beruht bekanntlich auf der ehelichen Vormundschaft, welche hierunter gleichzeitig dem Ehemanne die Verbindlichkeit auferlegt, seine Frau zu vertheidigen und zu beschützen. Es kann daher wohl erwartet werden, daß, wenn eine Ehefrau mündlich mit einem Dritten über eine für ihre Person oder ihr Vermögen wichtige Angelegenheit verhandelt und mit diesem einen ihr in der einen oder andern Beziehung nachtheiligen Vertrag eingehen will, dann der bei der Verhandlung unausgesetzt gegenwärtige Ehemann, um pflichtgemäß seine Ehefrau vor Nachtheil oder doch mindestens vor processualischen Weiterungen zu schützen, dem Abschlusse eines solchen Vertrages ausdrücklich widersprechen würde. Es ist daher im Gegensatze der andere Contrahent wie der Richter vollkommen zu der Annahme berechtigt, daß ein Ehemann, welcher trotz seiner fortwährenden Anwesenheit bei der Verhandlung zwischen seiner Ehefrau und dem andern Contrahenten den zwischen ihnen verabredeten Vertrag ohne Widerspruch zum Abschlusse kommen läßt, denselben dem Interesse seiner Ehefrau entsprechend erachtet und daher zu demselben seine Einwilligung ertheilt habe."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Dietrichin gegen Schmiederin, vom 15. April 1856.) γ.

116.

Das Recht, Fährgeld zu erheben, liegt im Begriffe der Fährgerechtigkeit; Befreiung vom Fährgelde muß daher besonders erworben und von dem, der sie beansprucht, bewiesen werden.

„Zu den Gerechtsamen, die dem Staate in Bezug auf öffentliche Flüsse zustehen, gehört die Fährgerechtigkeit. (Haubold, sächs. Privatrecht, S. 232). Diese Gerechtsame besteht in dem Befugnisse, jeder Privatperson das gewerbmäßige Ueberfahren fremder Personen und Sachen in Fahrzeugen über den öffentlichen Fluß verbieten zu können. Auf der einen Seite gewährt die Fährgerechtigkeit dem Staate ein nutzbares Recht, das Recht, Fährgeld erheben zu können, auf der andern Seite entspringt aber auch wiederum hieraus eine Verpflich-

tung des Staates, zu jeder Zeit auf Verlangen in seinen Fahrzeugen Personen und Sachen an den hierzu bestimmten Orten über den Strom zu setzen. Ungegründet ist es, wenn die Klägerin behauptet, daß die Fährgerechtigkeit wohl die Verpflichtung zum Uebersetzen über den Strom enthalte, nicht aber auch zugleich das Recht, Fährgeld für das Uebersetzen zu verlangen. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht geht schon aus dem allgemeinen Begriffe des Wortes „Gerechtsame" hervor. Hätte der Staat nur die Verpflichtung, Personen und Sachen über den öffentlichen Strom überzusetzen, ohne dafür Fährgeld verlangen zu können, so würde dies keine Gerechtsame sein, sondern eine Oblast. Das Irrige der Ansicht der Klägerin erhellt hiernächst ganz klar aus den Patenten v. 14. Novbr. 1645, v. 10. Juli und 27. Juli 1671 und v. 27. Mai 1686. In diesen Patenten wird das Halten von Privatfähren und Fahrzeugen zum Ueberfahren fremder Personen und Sachen um deswillen verboten, weil dem Landesherrn hierdurch an seinen Einkünften Schaden zugefügt werde. — Die Klägerin behauptet ferner, daß das Recht, Fährgeld zu erheben, um deßwillen besonders erwiesen werden müsse, weil auch ein Brückengeld auf einer öffentlichen Straße nicht erhoben werden dürfe, wenn nicht das Recht hierzu nachgewiesen werde. Allein diese Schlußfolgerung ist nicht richtig. Ist die Brücke einmal erbaut und dem öffentlichen Verkehre überlassen worden, so kann dieselbe befahren werden, ohne daß von Seiten des Staates oder des zur Erbauung derselben sonst Verpflichteten irgend noch eine Handlung vorgenommen werde. Ganz anders ist es bei einer Fähre, wo nicht nur die nöthigen Fahrzeuge bereit gehalten, sondern auch Personen angestellt werden müssen, die das Uebersetzen über den Strom auf jedesmaliges Verlangen bewirken müssen. Es ist dies eine fortwährende Leistung, ein fortwährender Dienst, für den eben das Fährgeld zu gewähren ist. Liegt es nun in der Natur der Fährgerechtigkeit selbst, daß für die Verpflichtung, Personen und Sachen über den Fluß überzusetzen, auch ein Fährgeld beansprucht werden kann, so folgt hieraus, daß derjenige, der die Befreiung vom Fährgelde beansprucht, das Recht zu dieser Befreiung demjenigen gegenüber zu beweisen hat, dem die Fährgerechtigkeit zusteht. Ob dies der Staat ist oder eine Privatperson, auf die vom Staate die Fährgerechtigkeit auf einen öffentlichen Strom übergegangen ist, kann in Bezug auf die Beweislast nichts ändern. Bestreitet nun Klägerin gar nicht, daß Beklagte die Fährgerechtigkeit zwischen Copitz und Pirna hat, so mußte sie auch der Beklagten gegenüber beweisen, daß ihr die Befreiung vom Fährgelde, insoweit ihr diese von der Beklagten verweigert worden ist, zusteht. Klägerin kann sich daher durchaus nicht mit Grund um deswillen für beschwert erachten, weil ihr der Beweis ihrer Klage, insoweit solche auf eine behauptete Verjährung gestützt worden, auferlegt worden ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen der Landgemeinde zu Copitz gegen die Stadtgemeinde Pirna, v. 11. April 1856.) γ.

117.

Vor erfolgtem Eintrage ist der Cessionar einer hypothekarischen Forderung zur Kündigung und Einziehung derselben nicht berechtigt. Auch kann der Nachweis des erfolgten Eintrags nicht erst im Laufe des Processes nachgebracht werden, sondern gehört von vorn herein zur factischen Begründung der Klage.

„Auch das Königl. O.-A.-G. befolgt die Ansicht, daß nach §. 84. des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 bei der Abtretung einer hypothekarischen Forderung das persönliche Forderungsrecht des Cedenten an den debitor cessus erst durch den Eintrag der Cession in das Grund- und Hypothekenbuch auf den Cessionar übergehe. Die Worte des Gesetzes: „die Abtretung einer hypothekarischen Forderung erlangt erst durch die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch Gültigkeit gegen dritte Personen, wie auch gegen den Schuldner selbst," sind so deutlich und bestimmt, daß über deren richtiges Verständniß ein gegründeter Zweifel nicht obwalten kann, und es genügt hierbei, darauf besonders hinzuweisen, daß die §. 84. nicht von der Abtretung und dem Uebergange des Pfandrechtes an den Cessionar, sondern von der Abtretung der mit Pfandrechten versehenen Forderung spricht. Hiermit stimmt auch die Vorschrift in §. 5. des angezogenen Gesetzes, nach welcher als Inhaber einer hypothekarischen Forderung nur derjenige angesehen werden soll, welcher als solcher im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen worden ist, überein, und beide Vorschriften finden ihre vollständige Erklärung in dem §. 22. ausgesprochenen Principe der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher, auf welchem die wesentlichen Bestimmungen des Gesetzes beruhen, und insbesondere auch durch dasjenige, was in §. 23. sub 5. über die Anwendung und die Folgen dieses Princips bei der Cession hypothekarischer Forderungen gesagt worden ist.

vergl. Zeitschrift f. Rechtspfl., Bd. 13. S. 433. und Bd. 14. S. 149.

Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1852 S. 419.

Vor dem Eintrage ist also der Cessionar weder zur Einziehung, noch zur Aufkündigung der ihm abgetretenen Forderung berechtigt, und eben so wenig besteht bis dahin eine Verpflichtung des Schuldners, sich gegen eine von dem Cessionar unbefugter Weise angestellte Klage zu vertheidigen, woraus für den vorliegenden Fall zunächst folgt, daß von einer unbedingten Verurtheilung des Beklagten, wie solche in erster Instanz ausgesprochen und von der Klägerin dermalen abermals verlangt worden ist, keine Rede sein konnte, da der Eintrag der abgetretenen Forderung weder eingeräumt noch bewiesen worden ist.

Es hat aber auch auf die Appellation des Beklagten nicht einmal das Erkenntniß der vorigen Instanz, welches die Beibringung

dieses Eintrags als Berichtigung der Sachlegitimation angeordnet und hiervon die Verurtheilung des Beklagten abhängig gemacht hat, bestätigt werden mögen. Die Beibringung einer zum Eintrage gelangten Cession ist allerdings zur Sachlegitimation des Cessionars zu rechnen, denn die Sachlegitimation einer Partei besteht eben in dem Nachweise, daß das Recht einer dritten Person auf sie übergegangen sei, und bei der Cession hypothekarischer Forderungen kann dieß nur durch den Eintrag ins Grund- und Hypothekenbuch geschehen. Allein der Ansicht der vorigen Instanz, daß die Sachlegitimation unter allen Umständen und in jedem Stadio des Processes noch beigebracht werden könne, ist wenigstens in dieser Allgemeinheit nicht beizupflichten. Anlangend insbesondere die Sachlegitimation des Klägers, so gehört dieselbe zwar nicht zum eigentlichen Klagegrunde, wohl aber zur factischen Begründung seiner Klage; er muß daher in der letzteren diejenigen Thatsachen speciell anführen, welche seine Berechtigung zur Geltendmachung eines Anspruchs, welcher ursprünglich einer dritten Person zugestanden hat, erkennen lassen; denn auch in dieser Hinsicht muß dem Beklagten ein ordnungsmäßiges Gehör verstattet und Gelegenheit und Veranlassung zu seiner Rechtsvertheidigung gegeben werden, namentlich da, wo der Kläger sich (wie dieß im vorliegenden Falle geschehen) über den ganzen factischen Inhalt der Klagschrift des Eidesantrages bedient hat.

In der gegenwärtigen Klage ist zwar angeführt worden, daß der Ehemann der Klägerin der letzteren eine ihm angeblich durch Erbrecht zugefallene hypothekarische Forderung abgetreten habe; daß aber diese Cession zur Zeit der Klaganstellung auch bereits in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen gewesen, das ist, wie sich die Klägerin Bl. — selbst bescheidet, weder in der Klage behauptet, noch in der Klagbeifuge C. enthalten. Die Bezugnahme auf diese, nur in unvollständiger Abschrift beigebrachte Urkunde und auf eine Notification der Grund- und Hypothekenbehörde an den Beklagten, deren Inhalt aber nicht einmal näher angegeben worden ist, kann dem gerügten Mangel nicht abhelfen und Beklagter war somit vollständig berechtigt, sich einer speciellen Klagbeantwortung und der Vorschützung der ihm etwa zur Seite stehenden Ausflüchte zu enthalten, deren künftiger Gebrauch ihm dadurch nicht entzogen werden darf, daß der Klägerin nachgelassen wird, ihr verspätetes Anführen Bl. — „daß die Cession in der That eingetragen worden sei," nachträglich zu bescheinigen. Da schon aus diesen Gründen das Suchen der Klägerin in der angebrachten Maaße abgewiesen werden mußte, so braucht dermalen nicht näher auf die Frage eingegangen zu werden, ob der Ehemann der Klägerin, welcher anfänglich selbst der Schuldner der abgetretenen Forderung war und dieselbe von der Gläubigerin ererbt haben soll unter so bewandten Umständen diese Forderung an eine dritte Person habe cediren können, oder ob nicht vielmehr die gedachte Forderung per confusionem debiti et crediti erloschen und eben deshalb deren

Cession, insoweit nicht etwa das Princip der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher dazwischen treten sollte, für unwirksam zu erachten sei."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Wickin gegen Thiele, vom 11. März 1856.) γ.

118.

Inwiefern können die an die Stelle verstorbener substituirten Zeugen über andere Thatsachen als die, welche auf die Wissenschaft der verstorbenen Zeugen gestellt gewesen, befragt werden?

„Eben so wenig hat ein begründetes Bedenken dagegen als vorliegend anerkannt werden können, daß die an die Stelle des verstorbenen 6. Zeugen denominirten andern Zeugen auch über Art. 76—88. des Nachtragsbeweises abzuhören. Allerdings enthalten die gedachten Beweisartikel nicht genau dieselben Thatsachen, welche auf die Wissenschaft des verstorbenen 6. Zeugen gestellt worden, indem letzterer direct bestätigen sollte, daß der Beklagte und bezüglich dessen Vorbesitzer jederzeit sich der Besserung und Instandhaltung des streitigen Weges sowohl unerinnert als auf Erinnerung unterzogen haben und daß ihm, Zeugen, dieses Verhältniß sowohl als ein von alten Zeiten her factisch bestehendes, als auch als ein auf einer Verpflichtung des Beklagten und dessen Vorbesitzer beruhendes aus den Mittheilungen anderer Personen bekannt worden, während die Nachtragsartikel 76—88. auf Umstände gerichtet sind, welche auf ein Zugeständniß und Anerkenntniß des Beklagten, daß er zur baulichen Unterhaltung des betreffenden Weges verbunden sei, hinweisen sollen. Allein immerhin geht die Tendenz der Kläger bei diesen Nachtragsbeweisartikeln ebenfalls dahin, die Verpflichtung Beklagtens zu der in Rede stehenden Leistung dazuthun und es läßt sich somit nicht behaupten, daß die Thatsachen, über welche die substituirten Zeugen ihre Wissenschaft eröffnen sollen, außer dem durch den verstorbenen Zeugen darzuthuenden Beweissatze lägen. Soll nun aber überhaupt der Zweck erreicht werden, welchen der Gesetzgeber bei der Gestattung, daß an der Stelle eines verstorbenen Zeugen der Beweisführer einen oder mehrere andere Zeugen nachträglich benennen könne, vor Augen gehabt hat und welcher offenbar kein anderer ist, als der, gegen den durch unverschuldeten Verlust eines Beweismittels drohenden Nachtheil eine Hülfe zu gewähren, so muß dem Beweisführer, welcher andere Zeugen an die Stelle verstorbener benennt, auch unverwehrt sein, neue Artikel aufzustellen und einzureichen, wie solche für die substituirten Zeugen passen. Denn es ist nicht vorauszusetzen und wird in der Regel nicht der Fall sein, daß letztere ganz in derselben Weise wie der verstorbene Zeuge zur Darlegung des Beweissatzes werden gebraucht werden können, oder mit andern Worten, daß sie gerade die nämlichen Thatsachen, worüber der verstorbene Zeuge ab-

zuhören gewesen, wissen werden. Es liegt daher auch in der Natur der Sache, daß durch die substituirten Zeugen ein künstlicher Beweis dessen gestattet sein müsse, was durch den während des Beweisfatale denominirten, aber vor der Abhörung verstorbenen Zeugen hat dargethan werden sollen, und hieraus folgt wiederum von selbst, daß die den substituirten Zeugen vorgelegten Artikel nicht um deswillen zu verwerfen sein können, weil sie andere Thatsachen betreffen, als die, worüber der verstorbene Zeuge hat befragt werden sollen, sondern, insofern sie nur die Tendenz verfolgen, denselben Beweissatz darzuthun, welcher auf die Wissenschaft des verstorbenen Zeugen gestellt war, für zulässig zu erachten sind."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Koch und Cons. gegen Köhler, vom 12. April 1856.) γ.

119.

Zur Lehre von den präparatorischen Verträgen mit besonderer Beziehung auf den Adoptionsvertrag. — Der Adoptionsvertrag ist an keine bestimmte, solenne Form gebunden, daher an sich gültig, auch wenn er nur mündlich abgeschlossen worden.*)

„Zunächst kann demjenigen, was in den Rationen der vorigen Instanz über die Klagbarkeit der Verträge nach heutigem Rechte und namentlich nach deutschrechtlichen Grundsätzen ausführlicher entwickelt worden ist, im Allgemeinen beigepflichtet werden, und da beide Parteien gegen dessen Richtigkeit etwas nicht eingewendet haben, so bedarf es einer weiteren Erörterung in dieser Beziehung nicht. Nur das hat man in Bezug auf die Rechtsständigkeit der sogenannten präparatorischen Verträge zu bemerken, daß, wenn auch deren Gültigkeit überhaupt nicht bestritten werden soll, dieselben doch im Wesentlichen nur bei Realverträgen vorkommen können. Denn hier trifft das Bl. — für die rechtliche Wirksamkeit eines vorbereitenden Vertrages angeführte Erforderniß zu, daß es nur noch des Hinzutrittes einer gewissen Handlung bedarf, um den Hauptvertrag ins Leben zu rufen, wie z. B. bei dem pactum de mutuo dando, der zugesagten Auszahlung des darzuleihenden Geldbetrages. Bei solchen Verträgen dagegen, welche nach den bestehenden Gesetzen und Rechtsgrundsätzen schon durch die übereinstimmende Willenserklärung der Betheiligten zur vollen rechtlichen Existenz gelangen, läßt sich ein präparatorischer Vertrag, welcher den Bl. — angegebenen Erfordernissen entspricht, von dem Hauptvertrage nicht füglich trennen; denn ist z. B. bei einem Kaufe übereinstimmender Wille über den Gegenstand und den Kaufpreis, oder bei dem Gesellschaftsvertrage über den Zweck, die Mittel und die Vertheilung des Gewinnes und Verlustes vorhanden, so sind die Grenzen eines präparatorischen Vertrages bereits überschritten und es liegt ein, durch specielle Nebenverabredung mehr oder

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856. S. 239 flg. verbunden mit S. 461 flg.

weniger modificirter Hauptvertrag vor. Hier muß sich also die Frage eintretenden Falls vielmehr dahin gestalten, ob nach dem, was geständlich oder behaupteter maßen zwischen den Parteien verhandelt und erklärt worden ist, bereits ein bündiger Vertragsabschluß stattgefunden habe, oder ob in Mangel bestimmter Willensvereinigung über essentielle Vertragspuncte überhaupt noch gar keine Vereinigung, sondern nur eine unvollendete und deshalb auch unverbindliche vorläufige Besprechung anzunehmen sei. In dieser Erwägung hat man auch der Ansicht der vorigen Instanz Bl. —, daß die Verabredung, auf welche sich der Kläger wegen seiner Arrogation durch Beklagten beziehe, schon deshalb nicht als ein verbindlicher präparatorischer Vertrag angesehen werden könne, weil dabei über das Erbrecht des Arrogirten etwas Specielles nicht festgesetzt worden sei, nicht durchgehend beipflichten mögen.

Nach §. 48. 49. des Erbgesetzes vom 31. Januar 1829 ist bei der Adoption (in dem §. 47. angegebenen weitesten Sinne) als Regel anzusehen, daß der Adoptirte (oder Arrogirte) den Adoptivater (Arrogator) wie die ehelichen Kinder, jedoch, wenn Notherben vorhanden sind, in der §. 58. ausgedrückten Beschränkung beerbt; etwas anderes tritt nur dann ein, wenn es im Adoptionsvertrage ausdrücklich bestimmt worden ist, welchenfalls der Inhalt des letzteren zunächst als maßgebend erscheint. Der Adoptionsvertrag selbst, dessen in §. 48. gedacht wird, beruht aber — abgesehen von dem weiter unten zu gedenkenden Erforderniſſe der landesherrlichen Bestätigung — lediglich auf der übereinstimmenden Willenserklärung der Betheiligten, so daß schon die bestimmte Erklärung des einen, daß er den andern an Kindesstatt annehme, und das ausdrückliche Einverständniß des letzteren nicht blos ein präparatorisches Geschäft, sondern den wirklichen Abschluß des Adoptionsvertrages unter den Parteien ausmacht. Ist hierbei über das Erbrecht eine specielle Bestimmung nicht getroffen worden, so tritt eben die gesetzliche Vorschrift der §. 48. ein, denn es gehört keineswegs zu der Form eines gültigen Adoptionsvertrages, daß dabei über das Erbrecht des Adoptivkindes etwas Ausdrückliches erwähnt werde, sondern hängt lediglich von der Willkür der vertragschließenden Personen ab, ob sie durch freie Vereinigung eine Abänderung in Bezug auf die in §. 48. enthaltenen Vorschriften eintreten lassen wollen, und liegt dies, wie man aus dem Mangel einer diesfälligen Verabredung zu schließen berechtigt wird, nicht in ihrer Absicht, so bedarf es auch zur Vollständigkeit des Adoptionsvertrages einer besonderen Erwähnung dessen nicht, was in diesem Falle schon die gesetzliche Folge des landesherrlich genehmigten Vertrages ist. Dagegen ist Bl. — mit Recht angenommen worden, daß sich aus dem Anführen des Klägers (Bl. — der Klage) eine verbindliche Willenserklärung des Beklagten nicht entnehmen lasse. Nach der Darstellung des Klägers hat bei dem Bl. — geschilderten Gespräche der Beklagte nicht erklärt, daß er den Kläger an Kindes-

statt annehme oder anzunehmen sich verpflichte, sondern nur: daß er dem Kläger sehr gewogen sei und sich entschlossen habe, denselben an Kindesstatt anzunehmen, sobald seine Ehefrau mit Tode abgegangen sein würde. Ganz abgesehen davon, daß schon die Gelegenheit, bei welcher diese Aeußerung erfolgt sein soll, nicht dafür spricht, daß es in der Absicht des Beklagten gelegen haben sollte, schon damals eine verpflichtende Zusage gegen den Kläger auszusprechen; so enthält auch jene Aeußerung selbst ihrer Wortfassung nach etwas anderes nicht, als die Mittheilung eines Planes, den der Beklagte entworfen, dessen wirkliche Ausführung aber der Zukunft noch vorbehalten bleiben mußte und wobei eine Veränderung in den damaligen Gesinnungen und Absichten desselben jederzeit noch eintreten konnte. Daß eine solche Mittheilung nicht den Effect einer bestimmten Zusage haben könne, bedarf keiner besonderen Auseinandersetzung; sie mochte dem Kläger eine Aussicht auf die künftige Realisirung des ihm mitgetheilten Projects eröffnen, aber sie konnte ihm keine Berechtigung gegen den Beklagten gewähren. Die gleichzeitig behauptete Acceptation jener Aeußerung ist bei der Unverbindlichkeit der letzteren ohne allen Einfluß.

Aus diesen Gründen war auf die Appellation des Klägers das Urthel voriger Instanz lediglich zu bestätigen.

Dasselbe mußte

2) auf die Appellation des Beklagten geschehen, insoweit derselbe verlangt, daß der auf die Arrogation des Klägers gerichtete Theil der Klage schlechterdings abgewiesen werden solle. Dies hätte nach Lage der Sache nur dann geschehen können, wenn anzunehmen wäre, daß nach sächsischem Rechte die Adoption und Arrogation dergestalt an eine gewisse Form oder Solennität gebunden sei, daß ohne deren Hinzutritt die von den Betheiligten getroffene Uebereinkunft aller rechtlichen Kraft und Wirksamkeit entbehre. Das Letztere kann aber, wie bereits von der vorigen Instanz ausgesprochen worden ist, nicht behauptet werden. Es mag hier dahin gestellt werden, ob nicht schon nach den Bestimmungen des neueren römischen Rechts, nach welchen an die Stelle der anfänglich bei der Adoption und Arrogation üblichen legis actio, bei der Adoption das imperium magistratus und bei der Arrogation das rescriptum principis trat,

vergl. §. 1. I. de adopt. I. 11.

die zwischen den Betheiligten stattgefundene Uebereinkunft eine rechtliche Wirkung gehabt habe; denn gegenwärtig und insbesondere nach den über die Klagbarkeit vermögensrechtlicher Verträge nach deutschem und sächsischem Rechte geltenden Grundsätzen steht es nicht zu bezweifeln, daß, insofern nicht die Particulargesetzgebung einzelner Staaten hierin etwas anderes angeordnet hat, eine solche Uebereinkunft als ein für die Parteien gültiger Vertrag anzusehen sei. Zwar ist in Sachsen die landesherrliche Genehmigung sowohl bei der Adoption im engeren Sinne als bei der Arrogation erforderlich, wenn dieselbe

ihre volle rechtliche Wirkung sowohl unter den Betheiligten selbst, als Dritten, insbesondere den Testamentserben des Adoptivvaters oder Arrogators gegenüber erhalten soll; allein diese Genehmigung bildet nicht die Vorbedingung für das Recht zu adoptiren oder sich adoptiren zu lassen, denn die Adoption (im weitern Sinne des Wortes) ist wie nach römischem, so nach sächsischem Rechte ein gesetzlich zulässiges, ein im Allgemeinen unter Voraussetzung gewisser persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse für jedermann erlaubtes Rechtsgeschäft, welches zunächst auf übereinstimmender Willenserklärung der Parteien beruht und in §. 48. des Erbgesetzes ausdrücklich als ein Vertrag bezeichnet wird, dessen speciellerer Inhalt der Vereinbarung der Interessenten anheim fällt und, namentlich in Bezug auf die wichtigste vermögensrechtliche Folge der Adoption, das Erbrecht des Adoptirten, maßgebend sein soll. Dieser Vertrag, welcher zuvor abgeschlossen worden sein muß, bevor derselbe zur landesherrlichen Cognition und Bestätigung vorgetragen werden kann, ist nach sächsischen Rechten an eine bestimmte Form nicht gebunden, denn die Niederschrift desselben ist nicht als Solennität, sondern nur deshalb erforderlich, weil derselbe anderergestalt nicht zur Kenntniß des Landesherrn gebracht werden kann. Der Abschluß desselben ist nach alledem, auch wenn er nur mündlich erfolgt sein sollte, zwischen den Contrahenten selbst insoweit gültig, daß namentlich der Arrogator nicht willkürlich von demselben zurücktreten kann, sondern mindestens verpflichtet ist, diejenigen Schritte zu thun, welche erforderlich sind, um die bei dem Abschlusse des Vertrages stillschweigend oder expreß vorausgesetzte Bestätigung des Landesherrn zu erlangen.

Es vermag auch der Beklagte nicht einzuwenden, daß er als Adoptivvater das Recht haben würde, den Kläger willkürlich zu emancipiren und daß er nicht angehalten werden könne, in ein Verhältniß einzutreten, das er zu jeder Zeit wieder auflösen könne. Denn abgesehen davon, ob es nicht, wenigstens nach heutigem Rechte, hierzu der Einwilligung des Adoptirten oder Arrogirten bedürfen würde, so könnte auch von dem Rechte zu emancipiren erst dann die Rede sein, wenn die Arrogation durch Landesherrliche Bestätigung vollendet worden wäre, und da nach §. 54. des angezogenen Gesetzes das Erbrecht der Adoptivkinder auch nach deren Emancipation fortbesteht, so leuchtet von selbst ein, daß es unrichtig ist, wenn Beklagter meint, es habe die Erfüllung des behaupteten Vertrages wegen seines Emancipationsbefugnisses kein vermögensrechtliches Interesse für den Kläger. Und obschon der Adoptionsvertrag in Bezug auf das Erbrecht des Adoptivkindes denselben Effect hat, welcher nach Befinden auch durch einen Erbvertrag erreicht wird, so sind dennoch beide Verträge wesentlich von einander verschieden, woraus folgt, daß derjenige, welcher seine Ansprüche nur auf ein adoptio oder arrogatio zu begründen vermag, auch lediglich die Erfüllung dieses Vertrages fordern und jene Ansprüche nicht, wie Beklagter meint, auf einen

Erbvertrag gründen kann, der als solcher gar nicht abgeschlossen worden ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Neubold gegen Martin, vom 4. März 1856.) γ.

120.

Zur Lehre von der condictio indebiti.

„Zur Begründung einer condictio indebiti gehört, daß der Kläger nicht nur aus Irrthum, sondern auch indebite bezahlt oder geleistet habe. Wie der Irrthum auf Seiten des Klägers beschaffen gewesen sein müsse, braucht gegenwärtig nicht näher erörtert zu werden, weil die vorliegende Klage schon in Ansehung des behaupteten indebiti ohne Zweifel unschlüssig ist. Da die Restitution dessen, was einmal gezahlt oder geleistet worden ist, nur aus besonderen Gründen beansprucht werden kann, so muß auch bei der condictio indebiti derjenige, welcher die einmal geleistete und vom Gegner geständigerweise in Empfang genommene Zahlung als eine Nichtschuld condicieren will, die Thatsachen anführen und nachweisen, aus denen sich ergiebt, daß er ohne Rechtsgrund bezahlt habe.

l. 25. pr. D. de probat. et praesumt. 22. 3.

v. Savigny, System, Bd. 3. Beil. VIII. S. 466.

Insbesondere und schon mit Rücksicht auf allgemeine proceßrechtliche Grundsätze gilt dies für solche Fälle, wo die bezügliche Verpflichtung früher bestanden hat, und das Gezahlte nur deshalb als ein indebite solutum zurückgefordert wird, weil durch spätere thatsächliche Ereignisse die frühere Verpflichtung aufgehoben worden sein soll. Ein Fall dieser Art liegt gegenwärtig vor; denn Kläger bestreitet nicht, daß er und sein Vater zur Abentrichtung der Bl. — bezeichneten Gefälle und zwar nach Bl. — als Besitzer des Bl. — gedachten Gutes vor der Auflösung des Erbunterthänigkeitsverbandes, in dem sie für ihre Personen unter dem Domstifte St. Petr. als Besitzer des Rittergutes W. gestanden — verbunden gewesen seien; er behauptet nur, daß mit der im J. 1817 vertragsweise bewirkten Lösung dieses Erbunterthänigkeitsverhältnisses auch jene Leistungen als Ausflüsse des letzteren in Wegfall gelangt und deshalb seit dieser Zeit indebite von ihnen gewährt worden seien. Um aber beurtheilen zu können, ob diese Behauptung des Klägers begründet sei, bedurfte es einer genauen Angabe über die Entstehung und beziehentlich die Qualität der fraglichen Abentrichtungen, und in dieser Beziehung enthält die Klage gar keine näheren und thatsächlichen Umstände. Der Name, unter welchem eine Leistung dieser Art gefordert und gegeben worden ist, kann an und für sich allein keinen sichern Maßstab für die Bestimmung und die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses, auf welchem sie beruht, abgeben, die Bezeichnung der hier streitigen Leistungen aber als Hofgelder, Schutzgelder, Gärtelzinsen und Lehngelder weist nicht einmal darauf hin, daß dieselben mit der in der Kön. Sächs. Ober-

laufsitz vormals bestandenen Erbunterthänigkeit in irgend einem nähern oder entfernteren Zusammenhange ständen. In Ansehung der Gärtelzinsen und Lehngelder ist bekannt, daß erstere zumeist in einem Zins für Ueberlassung von Grundstücken bestehen, letztere aber ihren Ursprung keineswegs aus dem Erbunterthänigkeitsverhältnisse herleiten und auch in Ortschaften, wo dieses Verhältniß nicht existirt hat, durch Vertrag, Verjährung und Herkommen begründet worden sind. Ebenso verhält es sich mit den Hofegeldern, welche voraussetzlich ein Geldäquivalent für Naturaldienste sind, welche mindestens ebensowohl aus besonders privatrechtlichen Erwerbtiteln als aus dem Erbunterthänigkeitsverbande hervorgegangen sein können, und was endlich die Schutzgelder anbelangt, so weist hier schon der Name auf die Existenz einer Schutzunterthänigkeit des obgedachten Gutes, mithin eines andern, als des von Klägern behaupteten Verhältnisses hin. Daß nun die Auflösung des Erbunterthänigkeitsverhältnisses, in welchem der Vater des gegenwärtigen Klägers und dessen Familienglieder für ihre Personen gestanden haben, keine Aenderung in ihren Verpflichtungen, welche mit diesem Verhältnisse in keiner Verbindung standen und namentlich in Ansehung solcher Leistungen, welche wegen des Grundbesitzes zu entrichten waren, hervorbringen konnte, ist eben so gewiß, als daß es zur Erhaltung des diesfalls bestehenden Forderungsrechtes keines besondern Vorbehaltes und keines neuen Vertrags bei der Aufhebung der Erbunterthänigkeit bedurfte."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Böhme's gegen Domstift St. Petr., vom 13. März 1856.) γ.

121.

Laesio enormis kann nicht gegen einen Vergleich geltend gemacht werden, wenn der Verletzte den Umfang seines Rechtes und die Größe des Objectes, worüber er sich verglichen, gekannt hat. — Irrige Ansicht über das zuständige Recht ist kein Grund zur Anfechtung eines Vergleichs.

„Die Klägerin führt in der Klage an, daß sie mit Beklagtem, so wie schon in mehrern frühern Lotterien ebenfalls geschehen, in der 45. Landes-Lotterie ein Achtelloos von Nr.— gemeinschaftlich zu gleichen Antheilen gespielt habe. Hiernach konnte bei der Klägerin gar kein Zweifel darüber obwalten, daß sie von jedem auf das ganze Loos Nr.— fallenden Gewinne den 16. Theil zu beanspruchen habe. Die Klägerin führt ferner an, daß auf dieses Loos bei der Ziehung am 1. November 1854 der Hauptgewinn von 100,000 Thlrn. gefallen sei, so daß nach Abrechnung der planmäßigen Abzüge auf das Achtelloos ein Gewinn von 10562 Thlrn. 15 Ngr. gefallen sei, von dem ihr die Hälfte mit 5281 Thlrn. 7 Ngr. 5 Pf. gebührt hätte. Der Beklagte habe sie überredet, statt dieser Hälfte sich vergleichsweise mit der Summe von 1500 Thlrn. zu begnügen.

Nach diesen Anführungen in der Klage steht fest, daß Klägerin nicht nur ihre Ansprüche auf die Hälfte dieses Gewinnes an sich, sondern auch die Höhe dieses Gewinnantheiles gekannt hat. Von einer Unwissenheit auf Seite der Klägerin in Bezug auf ihre Rechte und in Bezug auf die Höhe des Objects, worüber zwischen ihr und Beklagtem ein Vergleich abgeschlossen worden ist, kann daher keine Rede sein. In derartigen Fällen kann aber aus den schon in erster und zweiter Instanz mit Beziehung auf Präjudizien des O.-A.-G. entwickelten Gründen ein Vergleich wegen Verletzung über die Hälfte nicht angefochten und auf Rescission des Vergleiches geklagt werden. Diese Ansicht ist von dem O.-A.-G. consequent befolgt worden, und solche findet sich in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwalt. N. F. Bd. XIII. S. 231 flg. Nr. 56. so ausführlich schon entwickelt, daß man zur Widerlegung der von der Klägerin aufgestellten entgegengesetzten Ansicht etwas Weiteres nicht hinzuzufügen gehabt hat.

Klägerin behauptet ferner, Bl.—, sie sei zu diesem Vergleiche insbesondere durch verschiedene, gegen die Rechtmäßigkeit ihrer Ansprüche aufgestellte Zweifel, deren Richtigkeit sie erst später erkannt habe, bewogen worden. Diese Stelle der Klage enthält die einzige Andeutung der Klägerin, daß sie zu Eingehung dieses Vergleichs durch einen dolus des Beklagten bewogen worden sei. Allein dieses Anführen ist viel zu allgemein, als daß man hieraus die Nichtigkeit des Vergleichs folgern könnte. Die von dem Beklagten gegen die Gültigkeit des von der Klägerin erhobenen Anspruchs auf die Hälfte des auf das fragliche Achtellos gefallenen Gewinns erhobenen Zweifel können nach Inhalt der Klage so wie nach demjenigen, was die Partheien im Verfahren geltend gemacht haben, nur darin bestanden haben, daß Beklagter das Recht der Klägerin auf die Hälfte jenes Gewinnes um deswillen bestritt, weil letztere die auf ihren Antheil fallende Hälfte der Einlagen zur 4. und 5. Classe nicht entrichtet habe und er, Beklagter, sich im Besitze des Achtelloofes 5. Classe befinde. Mag nun diese Ansicht die richtige gewesen sein oder nicht, so liegt doch hierin ohne den Hinzutritt noch anderer, in der Klage gar nicht angeführter Thatsachen eine falsche Vorspiegelung, eine absichtliche Täuschung der Klägerin durchaus nicht. Die Klägerin wußte, worauf sich die Weigerung des Beklagten, ihr die Hälfte des von ihm schon erhobenen Gewinnes zu gewähren, gründete. Hat sie dennoch und ungeachtet sie sich in einem factischen Irrthume nicht befand, vergleichsweise die Summe von 1500 Thlrn. angenommen und dagegen nach Bl. — allen ferneren Ansprüchen an Beklagten entsagt, so kann sie nunmehr, nachdem sie sich angeblich überzeugt, daß die gegen die Rechtsmäßigkeit ihres Anspruchs auf die Hälfte des Gewinns von Beklagtem damals erhobenen Zweifel unbegründet seien, jenen Vergleich nicht mehr anfechten."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Ellmannin gegen Hesselbarth, vom 27. März 1856.) γ.

122.

Die servitus actus schließt nicht unbedingt die Wegegerechtigkeit in sich.

„Dem Kläger ist noch einzuhalten, daß die Treibegerechtigkeit nicht so unbedingt die Wegegerechtigkeit in sich schließt, daß vielmehr die Beantwortung dieser schon nach römischen Rechte bestrittenen Frage

cfr. Glück, Comment. X. Bd. §. 676.
Biener, dissert. de differentiis itineris etc.
Kritz, Abhandlungen, 1824. Nr. 1.

nach einer constanten Praxis in der Regel bei Erwerbung durch Verjährung von der Umfänglichkeit und Beschaffenheit der einzelnen Besitzhandlungen und bei Erwerbung durch Vertrag von den speciellen Bestimmungen desselben abhängig erscheint."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Keller's gegen Grau, vom 8. März 1856.) γ.

123.

Verspätigung der Einlassung auf die Klage ist unschädlich, wenn der Kläger in der Replik selbige nicht rügt, sondern blos auf materialia causae eingeht.

„Auch das Königl. O.-A.-G. geht von der Ansicht aus und hat solche schon wiederholt ausgesprochen, daß, wenn die Einlassung auf die Klage auch zu spät eingegeben worden ist, dieses Versäumniß aber von dem Kläger in seiner Replik nicht gerügt, sondern lediglich auf das Materielle der Einlassung von ihm eingegangen worden ist, dann das Versäumniß an der Einlassung für stillschweigend condonirt anzusehen sei. Liegt nun dieser Fall hier vor, so konnte auch Beklagter nicht wegen Contumaz dem Klaggesuche gemäß verurtheilt werden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen des Curator bonor. in Schmid und Pfotenhauer's Creditwesen gegen Wolf und nunmehr zu dessen Schuldenwesen verordneten Rechtsvertreter, vom 11. März 1856.) γ.

124.

Auf Beurtheilung der Frage über die Zulässigkeit der Eidesrelation ist es einflußlos, daß an die Stelle des ursprünglichen Forderungsberechtigten eine andere Person getreten und Parthei geworden ist.

„Hätte der ursprüngliche Forderungsberechtigte, die Inhaber der Firma Schn. und Pf., den ursprünglichen Beklagten W. in rechtlichen Anspruch genommen, so kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß letzterer berechtigt gewesen wäre, den über die Klage augetragenen

Eid dem Kläger zurückzugeben. Nach einem von dem Königl. O.-A.-G. aufgestellten, auch neuerdings consequent befolgten Rechtssatze ist nun bei Beurtheilung der Frage: ob ein Eid zurückgegeben werden könne, wenn in der Person des Forderungsberechtigten eine Aenderung eingetreten ist, nicht darauf zu sehen, ob der letztere nur de credulitate schwören könne, sondern auf das ursprüngliche Verhältniß, ob damals bei Entstehung des Forderungsrechtes eine Zurückgabe des Eides zulässig gewesen ist. Der angebliche Schuldner kann nämlich, selbst nur formell proceßrechtlich, durch die Veränderung in der Person seines Gläubigers nicht in eine schlechtere Lage kommen, als die war, in der er sich dem früheren Forderungsberechtigten gegenüber befand.

Dieß würde aber der Fall sein, wenn man dem Schuldner nicht gestatten wollte, dem Rechtsnachfolger des ursprünglich Forderungsberechtigten den über eine Klage angetragenen Eid zurückzugeben. Der Gütervertreter macht nur gegen Dritte diejenigen Forderungsrechte geltend, die der Gemeinschuldner vor Ausbruch des Concurses selbst geltend machen konnte. War es nun gestattet, vor Ausbruch des Concurses dem Gemeinschuldner den über die Klage angetragenen Eid zurückzugeben, so steht auch dem Beklagten in Folge des oben angegebenen allgemeinen Rechtssatzes nach ausgebrochenem Concurse das Recht zu, dem Gütervertreter, der die früher dem Gemeinschuldner zugestandenen Forderungen einklagt, den über die Klage angetragenen Eid zurückzugeben, insoweit solches nach dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse überhaupt zulässig war."

(Urthel des O.-A.-G. in derselben Rechtssache.) γ.

125.

Wie ist es zu verstehen, wenn der Kläger sich über den Inhalt der Klage des Eidesantrags mit dem Zusatze: insoweit nöthig, bedient hat.

„Der Vorwurf Bl. —, es gehe das vorige Urthel von der actenwidrigen Behauptung aus, daß die Klage eine Cumulation der Beweismittel, nämlich des Eidesantrags mit Urkunden enthalte, ist ein ganz ungegründeter und kann nur auf einem Mißverstehen der, gleichwohl ganz klaren Rationen beruhen. Es ist daselbst Bl. — ausdrücklich hervorgehoben worden, daß Kläger nach der Erklärung Bl. — sein Klagvorbringen durchgängig auf den Eid gestellt habe, und daß man dieser Erklärung gegenüber in der blosen Bezugnahme auf die — gegenwärtig beiliegenden — Untersuchungsacten die Absicht, sich deren als Beweismittel zu bedienen, nicht erblicken könne, es ist also insoweit gerade das Gegentheil von dem ausgesprochen, was Kläger Bl. — in den Gründen des gedachten Erkenntnisses hat finden wollen. Eben so ist Bl. — der Kläger nur darauf hingewiesen worden, daß nach Lage der Sache seine spätere Berufung auf den Inhalt

der erwähnten Acten nur als ein mutatio in modo probandi hätte in Betracht kommen können, hinsichtlich deren aber zuvörderst eine genauere Angabe derjenigen Thatsachen, welche nunmehr nicht durch den Eidesantrag, sondern durch jene Acten dargethan werden sollen, so wie anderweite Vorladung des Beklagten erforderlich gewesen wäre. Diese Sätze sind aber auch vollkommen richtig. Kläger hatte sich zwar beiläufig Bl. — auf verschiedene Acten bezogen, am Schlusse der Klagschrift aber erklärt, daß er über den Grund der Klage, so weit nöthig, den Eid antrage, ohne dabei einzelne Punkte als diejenigen besonders zu bezeichnen, über welche der Eid als Beweismittel gelten solle. Unter solchen Umständen mußte allerdings angenommen werden, daß der Eid über den ganzen Inhalt der Klage angetragen worden sei, und den beigefügten Worten "insoweit nöthig" konnte zunächst nur der Sinn untergelegt werden, daß Kläger, insoweit er seine Angaben zu beweisen genöthigt sein werde, diesen Beweis durch den Eidesantrag führen wolle. Daß der Inhalt der Klage für dieses Beweismittel zu allgemein und unbestimmt sei, und daß diesem Mangel nicht durch eine nachträgliche speciellere Darstellung im Verfahren habe abgeholfen werden können, ist bereits Bl. — gründlich gezeigt worden. Hätte es in der Absicht des Klägers gelegen, den Inhalt seiner Klage theils durch Eidesantrag, theils durch andere Beweismittel, insbesondere die in der Klage bezogenen Acten, darzuthun, so hätte er schon in der Klagschrift genau angeben müssen, über welche Punkte er sich der Eidesdelation und über welche er sich des Urkundenbeweises bedienen wolle. Eine Unbestimmtheit in dieser Hinsicht zieht als Folge die Unschlüssigkeit der ganzen Klage nach sich; denn da nach Sächsischem Proceßrechte bekanntlich die Rechtsvertheidigung des Beklagten eine ganz verschiedene sein kann, je nachdem über wesentlich zum Klaggrunde gehörige Thatsachen der Eid angetragen worden ist, oder nicht, so erscheint es auch unumgänglich nothwendig, daß der Beklagte von allem Anfange an aus dem Inhalte der Klagschrift klar zu erkennen im Stande sei, ob und in wie weit derselbe durch den Eid oder auf andere Weise dargethan werden solle.

Ein subsidiärer Eidesantrag, wie denselben der Kläger nach Bl. — im Sinne gehabt zu haben scheint und in Folge dessen auf den in der Klage deferirten Eid erst dann einzugehen wäre, wenn der Richter befinden sollte, daß die gleichzeitig bezogenen Urkunden keinen oder keinen genügenden Nachweis lieferten, ist unzulässig und unvereinbar mit den über dieses Beweismittel geltenden bekannten Grundsätzen. Nach diesen muß sich der Kläger schon bei der Anstellung seiner Klage entscheiden, ob er sich des Eidesantrags oder anderer Beweismittel bedienen will, der Gebrauch des einen schließt den Gebrauch des andern über dieselben Thatsachen aus, und dem Kläger bleibt deshalb für den ordinarischen Proceß nur die Wahl zwischen Eidesantrag über die Klage oder förmlicher Beweisführung übrig, und

über die getroffene Wahl muß, aus dem bereits angegebenen Grunde, die Klage selbst vollständigen Aufschluß geben."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Görner's gegen Köhler, vom 15. März 1856.) γ.

126.

Die Verurtheilung ex indiciis im Criminalprocesse motivirt mindestens einen Reinigungseid in der Civilsache, wenn in letzterer beim Beweise wegen der betreffenden Thatsache auf die Untersuchungsacten Bezug genommen worden.

„Der dem Beklagten im Locationserkenntnisse nachgelassene, Bl. — angetretene Ausfluchtsbeweis hat in beiden vorigen Instanzen nur insoweit Berücksichtigung gefunden, daß man dem Kläger einen Reinigungseid auferlegt, unter vorausgesetzter Leistung desselben aber probanda für nicht erwiesen erachtet hat. Hierdurch hat Kläger durchaus keinen Grund, sich für gravirt zu halten. Denn zur Begründung des erkannten purgatorii reicht schon dasjenige aus, was Beklagter durch Bew. Doc. 5. über den Ausgang der gegen Klägern anhängig gewesenen Untersuchung wegen Wuchers beigebracht hat, indem Kläger hiernach unter andern auch wegen sämmtlicher, im gegenwärtigen Zusammenhange in Frage stehender Darlehnsposten für überführt erachtet worden, einen Abzug von 10 p. C. sich gemacht zu haben und in Geld- und Gefängnißstrafe verurtheilt worden ist. Daß diese Entscheidung in zweiter Instanz eine dem Kläger günstige Abänderung erfahren, hat letzterer nicht zu behaupten vermocht, im Wesentlichen ist dies auch, wie aus den beiliegenden Untersuchungsacten sich ergiebt, nicht der Fall gewesen ꝛc. Kann nun auch die richterliche Ueberzeugung, welche sich in einem Criminalerkenntnisse ausgesprochen findet, nicht so ohne Weiteres und unbedingt für den Civilproceß maßgebend sein, so kann ihr doch zweifelsohne auch nicht alles und jedes Gewicht abgesprochen werden, wenn die gegenüberstehende Parthei im Civilprocesse die Ergebnisse der Untersuchung zur Unterstützung des Civilbeweises für sich geltend macht, und in der That liegt darin, daß im Civilprocesse der Richter von dem beigebrachten Resultate einer Criminaluntersuchung nur insoweit Gebrauch macht, um die in letzterer der beim Civilbeweise in Frage stehenden Thatsache für überführt erachtete Parthei für verbunden zu erachten, die daraus wider sie doch jedenfalls entstehende Vermuthung eidlich abzulehnen, nur eine so geringe Berücksichtigung dieses Moments, daß die unter solchen Umständen mit dem Reinigungseide belegte Parthei keinen Grund hat, sich darüber zu beklagen."

(Urthel des O.-A.-G. im Ehrlich-Dietzsche'schen Creditwesen, vom 14. März 1856.) γ.

127.

In welchen Fällen ist zur Schlüssigkeit einer auf Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags gerichteten Klage die Bezugnahme auf stattgefundene Leistung der dem Kläger selbst obliegenden Verpflichtung oder das Erbieten dazu nicht erforderlich?

„In Bezug auf die Frage, ob und in wie weit es zur Schlüssigkeit einer auf Erfüllung eines sogenannten zweiseitigen Vertrags gerichteten Klage des Anführens, daß auch der Kläger die ihm obliegende Leistung bereits erfüllt, oder solche dem Beklagten wenigstens angeboten habe, oder endlich des Erbietens zu dieser Leistung in der Klagschrift selbst bedürfe, ist nothwendigerweise auf die Beschaffenheit der beiderseitigen Leistungen, das Verhältniß, in welchem sie zu einander stehen, und die hiernach sich bestimmende Reihenfolge der Leistungen zu sehen. Die Frage, ob gleichzeitig oder nach einander zu leisten, ist eine quaestio facti. Denn wie sich nach der Natur der Verträge der Inhalt derselben in der Regel nach dem Willen der Parteien richtet, so kommt es auch bei zweiseitigen Verträgen hinsichtlich der Reihefolge der Leistungen auf den Willen der Parteien an, der entweder ausdrücklich erklärt, oder schon aus der Natur des Vertrages selbst, dem Zwecke und Umfange der beiderseits zugesagten Leistungen, erkennbar werden kann. Es lassen sich zweiseitige Verträge denken, bei denen die Leistungen beider Parteien ganz unabhängig von einander dastehen; in den meisten Fällen indeß werden dieselben in ein Verhältniß der Abhängigkeit zu einander gebracht worden sein, welches entweder darin besteht, daß sie gegenseitig dergestalt durch einander bedingt werden, daß die Verbindlichkeit beider Contrahenten nur dann eintritt, wenn jeder seiner Leistungspflicht (Zug vor Zug) nachkommt, oder darin, daß die Verpflichtung des einen erst dann eintritt, wenn der andere vorher geleistet hat, welchenfalls das Verhältniß der Vor- und Nachleistung obwaltet.

Ist nun der Beklagte nur Zug vor Zug zu leisten verpflichtet, oder ist im letzten der drei obigen Fälle der Kläger derjenige Contrahent, welcher vor zu leisten hat, so ist allerdings zur Schlüssigkeit der Klage erforderlich und bildet einen essentiellen Theil ihres factischen Grundes das Anführen, daß Kläger die ihm obliegende Vorleistung bewirkt oder doch gehörig offerirt, beziehentlich, daß er zur Zug vor Zug zu bewirkenden Gegenleistung erbötig sei, weil anderenfalls die Verpflichtung des Beklagten noch gar nicht vorhanden sein würde. Daß im Urkundenprocesse das factische Vorbringen des Klägers, daß er bereits vorgeleistet habe, auch urkundlich nachgewiesen werden müsse, versteht sich von selbst, auch müßte in dieser Proceßgattung da, wo das bloße Erbieten zwar hinreichend aber doch nothwendig ist, um die Klage zu begründen, die dem Kläger obliegende Gegenleistung vollständig nachgewiesen sein, da bei der Entscheidung der Sache auch

hierauf Rücksicht zu nehmen ist und nach §§. 5. und 15. des Executionsgesetzes vom 28. Febr. 1838 in solchen Fällen, wo die Verurtheilung des Beklagten durch eine Gegenleistung des Beklagten bedingt ist, beide Theile die Execution des Erkenntnisses nachsuchen können.

Wenn dagegen der Kläger derjenige ist, welchem die Nachleistung obliegt, so bedarf es zunächst keiner besonderen Auseinandersetzung, daß ihm nicht angesonnen werden könne, sich in seiner Klage auf eine Thatsache zu beziehen, welche voraussetzlich noch gar nicht eingetreten ist, und deren Eintritt nach dem Vertrage auch gar nicht erforderlich war, um die Verpflichtung des Beklagten zu begründen. Es bedarf hier nicht einmal des vorläufigen Erbietens zu der erst künftig und nach Erfolg der Vorleistung des Beklagten fällig werdenden Gegenleistung; denn der Beklagte, welcher zunächst zu leisten verpflichtet ist, hat keine Berechtigung, die ihm obliegende Vorleistung so lange zu retiniren, bis sich der Kläger über den Umfang seiner Nachleistung, sowie über seine Bereitwilligkeit und Befähigung, dieselbe seiner Zeit zu gewähren, ausgewiesen habe, vielmehr steht ihm nur unter besonderen Verhältnissen das Recht, eine diesfällige Sicherstellung durch Deposition, Arrestschlag oder ähnliche provisorische Maßregeln zu verlangen, zu; daß aber der Kläger im angegebenen Falle die Verbindlichkeit, auch seinerseits dem Vertrage nachzukommen, nicht bestreiten wollen, muß präsumirt werden, wenn er den Vertrag, auf welchem seine Klage beruht, als einen zweiseitigen bezeichnet. Eine Feststellung dieser, erst künftig gefällig werdenden Gegenleistung liegt also, wenn dem Beklagten die Vorleistung obliegt, ganz außer dem Bereiche des wegen der letzteren angestellten Processes, so wie es denn auch hieraus von selbst folgt, daß in Fällen dieser Art die Verurtheilung des Beklagten nicht von einer Zug vor Zug zu bewirkenden Gegenleistung abhängig gemacht werden darf;

vergl. Schweppe, röm. Privatrecht, §. 427.

Schenk, über die exceptio non adimpleti contractus,

Archiv für civil. Praxis, Bd. 17. S. 94 flg."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Weber's gegen Fiebig, vom 15. März 1856.) γ.

128.

Was hat der Gläubiger, welcher nach Ausbruch des Concurses zum Vermögen seines Schuldners den Bürgen in Anspruch nehmen will, zur Begründung seiner Klage gegen Letztern beizubringen? — Der Concurs des Hauptschuldners gewährt dem Gläubiger blos die Erleichterung, daß der Bürge ihm nicht die exceptio excussionis entgegenstellen kann. —

„Wenn schon der Gläubiger, welcher einen Bürgen in Anspruch nimmt, sich gegen die exceptio excussionis durch das Anführen

schützen kann, daß der Hauptschuldner in Concurs verfallen sei, so ist doch hierbei, damit dem Bürgen nicht die Möglichkeit entzogen werde, seinen Regreß an den Hauptschuldner zu nehmen, der Gläubiger, insbesondere wenn der Bürge nicht als Hauptschuldner beigetreten, zugleich verpflichtet, unter Abtretung seiner Forderung, beizubringen:

a., daß der Liquidationstermin noch bevorstehe und daher dem Bürgen freistehe, die cedirte Forderung zu liquidiren, oder

b., daß er, dafern der Liquidationstermin bereits verflossen, den fraglichen Anspruch gehörig angemeldet habe, oder endlich

c., daß, wenn schon die Anmeldung der Forderung unterblieben, doch auch bei gehöriger Anmeldung derselben auf selbige Etwas nicht ausgefallen sein würde.

Diese von dem Oberappellationsgerichte constant befolgte Ansicht,
cfr. außer den Bl. — ersichtlichen Citaten noch Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. neunter Band pag. 372.,

liegt auch dem vorigen Erkenntnisse zu Grunde, worin zugleich mit Recht hervorgehoben worden, daß in einer auf den Eid gestellten Klage ein Anführen:

„es sei aus der Masse des Schuldners nichts erlangt worden,“
keiner der vorgedachten drei Voraussetzungen zu entsprechen vermöge.

Auch der Kläger erkennt Bl. — es als eine Verpflichtung des Gläubigers gegen den Bürgen an, daß er die Forderung bei dem Creditwesen des Hauptschuldners anzumelden habe. Allein er glaubt, daß, weil ein Unterlassen dieser Verpflichtung einen dolus oder eine culpa voraussetze, und diese nicht zu präsumiren seien, es Aufgabe der Exception sei, das Unterlassen der oben gedachten Bedingungen vorzuschützen.

Nun kann zwar dem Kläger darin beigepflichtet werden, daß an sich der Gläubiger nicht nothwendig hat, in der Klage gegen den Bürgen das Erforderliche zu Beseitigung des dem Letzteren zustehenden beneficii excussionis aufzunehmen; daß er vielmehr abwarten kann, ob Beklagter von dieser Rechtswohlthat Gebrauch machen und dieselbe excipiendo geltend machen werde.

Allein dann hat Kläger in der Replik zu Beseitigung dieser Exceptionen das Erforderliche beizubringen.

Was aber der Kläger nach Obigem einer Exception zugewiesen wissen will, ist keineswegs identisch mit der exceptio excussionis, indem es eben nur dahin geht, daß Beklagter einzuwenden gehabt habe, daß Kläger seinerseits in dem zu des Hauptschuldners Vermögen eröffneten Concurs seine Schuldigkeit nicht gethan habe. Dieser Ansicht steht aber schon der Umstand entgegen, daß der Bürge von dem Gläubiger vor allen Dingen den Nachweis der erfolgten vergeblichen Ausklagung des Hauptschuldners verlangen kann, und daß es schon an sich, gegenüber dieser dem Bürgen zustehenden Berechtigung, für den Gläubiger eine Erleichterung ist, wenn

er die exceptio excussionis schon — sei es auch unter gewissen Voraussetzungen — mit der Beziehung auf die zu des Hauptschuldners Vermögen erfolgte Concurseröffnung ablehnen kann.

Diese dem Gläubiger eingeräumte Vergünstigung kann daher nicht dahin führen, ihn in der ihm obliegenden Verpflichtung des Nachweises, daß von dem Hauptschuldner Nichts zu erlangen sei, noch eine weitere Erleichterung in der Richtung zu verschaffen, daß er auch des Nachweises einer der oben gedachten Voraussetzungen — von welchen die Regreßnahme des Bürgen gegen den Hauptschuldner bedingt wird — für enthoben zu erachten wäre."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Meline gegen Kollmann, vom 29. März 1856.) γ.

129.

Bei discontinuellen Befugnissen, welche alljährlich ausgeübt werden können, ist zum Erwerbe durch Adquisitivverjährung die alljährliche Ausübung der Servitut erforderlich.

„Die in der erhobenen Confessorienklage beschriebene Fahrwegsgerechtigkeit ist eine solche, welche alljährlich ausgeübt werden kann und, wie Kläger Bl. — auch neuerdings behauptet hat, in jedem Jahre ausgeübt worden sein soll.

Wenn nun schon die Klage in Bezug auf das Anführen der Erwerbung der Servitut durch Adquisitivverjährung insofern mangelhaft ist, als Kläger dabei eine alljährliche Ausübung des Befugnisses nicht behauptet und nicht einmal das Jahr, bis zu welchem er die letzte ruhige Besitzhandlung ausgeübt, mit Bestimmtheit bezeichnet hat, mithin eine nähere Zeitangabe, wann die erwerbende Verjährung beendet gewesen sein soll, zu vermissen ist, so ist doch bei dem Mangel eines Rechtsmittels gegen den Instanzbescheid zu einer Abweisung der Klage nicht mehr zu gelangen gewesen. Allein Kläger ist auch nicht berechtigt, der vorigen Instanz den Vorwurf zu machen, daß dieselbe, wenn sie zu Begründung der Adquisitivverjährung eine **alljährlich** erfolgte Ausübung von Besitzhandlungen innerhalb der Verjährungsfrist für nothwendig erachtet, zu seinem, Klägers, Nachtheile dem Instanzbescheide, worin ihm der Beweis einer alljährlich erfolgten Ausübung **nicht** auferlegt worden, eine erschwerende Ausdehnung gegeben habe.

Es kam nämlich darauf an, zu prüfen, ob Beklagter in der Einlassung Bl. — den Grund der Klage eingeräumt habe? dies ist unbezweifelt dann nicht der Fall, wenn zu Begründung der Adquisitivverjährung solcher discontinuellen Rechte, welche alljährlich zur Ausübung gelangen, auch die alljährlich erfolgte Ausübung erfordert wird. Diese letztre ist aber nach der bestehenden Praxis als ein Requisit der erwerbenden Verjährung bei Befugnissen der vorliegenden Art zu betrachten. Denn wäre die Ausübung während eines ganzen

Jahres unterblieben, so würde die zum Verjährungserwerbe unerläßliche ununterbrochne Fortsetzung des Quasibesitzes mangeln. Ein Zugeständniß der Bestandtheile, welche die Adquisitivverjährung bilden, ist daher im vorliegenden Falle dann nicht vorhanden, wenn der Beklagte, wie eben nicht geschehen, eine alljährliche Ausübung nicht zugestanden hat.

Was Kläger Bl. — hiergegen vorgestellt hat, beruht auf einer irrigen Auffassung. Denn daraus, daß eine, in neuerer Zeit übrigens sehr bestrittene, Praxis bei juribus discontinuis dann, wenn die den Verjährungszeitraum umfassende Quasibesitzhandlungen, deren keine von der andern 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage entfernt liegt, durch Zeugen bewiesen worden, in Folge einer Präsumtion für die ungeänderte Fortdauer dieses Verhältnisses während der Zwischenzeit sich damit begnügt, kann nicht die Folgerung abgeleitet werden, daß im Allgemeinen zu dem Verjährungserwerbe discontinueller, alljährlich zur Ausübung gelangender Befugnisse die Darthuung dreier, oder, wie Kläger will, zweier Besitzhandlungen ausreiche.

cfr. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1844 pag. 200. und Jahrg. 1848 pag. 322.

Es ist daher lediglich der künftigen Definitivsentenz zu überlassen, bei Prüfung eines vom Kläger unternommenen Beweises zu untersuchen, ob, wenn nur einzelne, die Verjährungsfrist umfassende Besitzhandlungen nachgewiesen sein sollten, eine alljährliche Ausübung derselben präsumirt, nach Befinden ein hierauf zu richtender Erfüllungseid nachgelassen werden könne."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Halke gegen Michel, vom 5. April 1856.) γ.

130.

Ueber die Restitutionsverpflichtung des Ehemanns in Betreff inferirter Viehstücke nach aufgelöster Ehe.

„Anlangend die beim 1. Klagpuncte in Frage stehenden Semoventien, so sind beide vorige Instanzen darin einverstanden, daß im gegenwärtigen Falle dieselben nicht als res fungibiles behandelt werden können, und hiergegen liegt kein Widerspruch der Parteien vor, wie es denn auch wenigstens nicht im Interesse des Beklagten, welcher dermalen allein appellirt hat, liegen konnte, diese Annahme zu bestreiten.

Hält man diesen Standpunct fest, so muß allerdings auch auf die hier fraglichen Gegenstände der im Allgemeinen bei nicht vertretbaren Sachen, welche eine Ehefrau dem Manne eingebracht hat und deren Restitution von ersterer nach aufgelöster Ehe gefordert wird, geltende Grundsatz angewendet werden, daß der Ehemann lediglich als debitor speciei zu betrachten ist, was die Folge nach sich zieht, daß er die durch regelmäßigen Gebrauch entstandene Abnutzung und Werthsverminderung oder den durch Zufall und überhaupt ohne sein Ver-

schulden eintretenden Verlust derselben nicht zu prästiren, in beiderlei Hinsicht vielmehr die Ehefrau als Eigenthümerin die Gefahr zu tragen hat.

Bei Sachen dieser Kategorie, dafern deren Aufbewahrung oder längere Beibehaltung dem gewöhnlichen Gange der Dinge gemäß als unvortheilhaft und Schaden bringend anzusehen ist und deren Verwerthung oder anderweite Verwendung daher im Interesse der Ehefrau als Eigenthümerin selbst liegt, — was namentlich und ganz besonders von inferirtem Vieh gilt, weil solches mit der Länge der Zeit seinen wirthschaftlichen Nutzen verliert und dem völligen Untergange entgegengeht, während es durch rechtzeitigen Verkauf oder Verwendung als Schlachtvieh noch einen seinem ursprünglichen Werthe mehr oder weniger annähernden Ertrag gewähren kann, — hat zwar der Ehemann das Recht und andererseits, wenn er nicht nach Befinden einem Anspruche auf Schadenersatz wegen desfalls verhangener Negliganz ausgesetzt sein will, sogar auch die Verpflichtung, die ihm inferirte species zu veräußern, bezüglich in anderer Weise zu verwenden und zu verwerthen, allein hierdurch wird an sich an seinem ursprünglichen Verhältnisse als debitor speciei nichts geändert, vielmehr wird die Ehefrau, wenn es sich um die Restitution der Illaten handelt, auf weiter Etwas nicht Anspruch machen können, als auf Ersatz desjenigen Werthes, welchen die anderweit von dem Ehemanne verwendeten oder veräußerten Gegenstände zu der Zeit hatten, wo die Veräußerung oder anderweite Verwendung stattgefunden hat. Auch selbst bei einem durch culpa des Ehemanns eingetretenen gänzlichen Verluste oder Untergange der species wird die Ehefrau nach obigem Grundsatze immer nicht den ursprünglichen, sondern nur denjenigen Werth ersetzt verlangen können, welcher zur Zeit des Unterganges durch culpa des Mannes bestanden hat, weil die bis zu diesem Zeitpuncte durch die Länge der Zeit und den regelmäßigen Gebrauch stattgefundene Werthverminderung von der Ehefrau zu tragen ist.

In Gemäßheit dessen kann es nun zwar an sich nicht als richtig anerkannt werden, wenn Klägerin rücksichtlich der beim 1. Klagpuncte in Frage stehenden Viehstücke ohne Weiteres den zur Zeit der Illation derselben stattgefundenen Werth gefordert hat, zumal sie gleichzeitig in der Klage selbst anführt, daß Beklagter die unter 1. Bl. — verzeichneten Semoventien verkauft habe, wonach auch ein Anspruch auf Rückgabe der species in natura nicht weiter als in Frage stehend betrachtet werden kann. Allein ebensowenig mag dieserhalb die erhobene Klage als in der angebrachten Maße unstatthaft bezeichnet werden.

Denn eine Präsumtion dafür, daß zur Zeit des Verkaufes der Werth der betreffenden Viehstücke ein geringerer gewesen sei, läßt sich allerdings nicht füglich aufstellen, zumal im vorliegenden Falle Klägerin über diesen Zeitpunct keine nähere Angabe hinzugefügt hat, daher derselbe dem der Illation sehr nahe liegen kann, überdies auch die Preise des Viehes bekanntlich großen Schwankungen unterliegen. Dem Verlan-

gen der gewesenen Ehefrau, ihr den ursprünglichen Werth inferirter Viehstücke zu ersetzen, gegenüber stellt sich daher die Behauptung des restitutionspflichtigen Ehemannes, daß zur Zeit der von ihm unternommenen Veräußerung das Vieh einen geringeren Werth gehabt und er nicht soviel als der ursprüngliche Werth betragen, dafür gelöst habe, als eine Ausflucht dar, deren Beweis ihm um so mehr obliegt, als allerdings auch die Ehefrau, wenn sie bei dem Verkaufe nicht selbst concurrirt hat, was ebenfalls keineswegs präsumirt werden kann, in der Regel mit Sicherheit den vom Ehemanne erlangten Kaufpreis nicht im Stande ist zu kennen, und dem Ehemanne, welcher insoweit als negotiorum gestor der Ehefrau anzusehen, jedenfalls die Pflicht obliegt, über den aus den von ihm verkauften Illatengegenständen gewonnenen Erlös der Ehefrau Rechenschaft zu geben.

Man hat daher die Ansicht der vorigen Instanz, daß die erhobene Klage beim ersten Klagpuncte aufrecht zu erhalten sei und Klägerin wegen derjenigen Viehstücke, deren Illation Beklagter geleugnet, sowohl das factum illationis als den von ihr angegebenen Werth derselben durch den ihr referirten Eid in Gewißheit zu setzen, ingleichen, insoweit Beklagter mit der exceptiwischen Behauptung eines zur Zeit der von ihm vorgenommenen Veräußerung stattgefundenen Minderwerthes hervorgetreten, das delatum über diese Ausflucht abzuleisten habe, übrigens aber, insofern Beklagter im Betreff der Kühe sub b. und c. Bl. — vorgeschützt hat, daß Klägerin selbst deren Untergang verschuldet habe, dem Beklagten der Beweis dieser Ausflucht aufzuerlegen sei, beizustimmen gehabt."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen der geschied. Pinkerin gegen Pinker, vom 4. März 1856.) γ.

131.

Welchen Grad von Diligenz kann der socius von dem andern socius bei Verwaltung des gemeinschaftlichen Geschäftes verlangen? — Daß der socius einen Theil der für das gemeinschaftliche Geschäft erforderlichen Arbeiten durch eigne Dienstleute resp. eigenes Geschirr hat verrichten lassen, steht seinem Anspruche auf antheiligen Ersatz des Aufwandes nicht entgegen.

„Im Allgemeinen ist vorauszuschicken, daß, wie Beklagter zugegeben, zwischen dem Beklagten und dem Kläger verabredet war, daß dieser die in der Klage bezeichneten Quantitäten Weizen und Roggen ankaufen und bis auf Weiteres, beziehentlich bis zur Abnahme des dem Beklagten zukommenden Antheils der Auflagerung und Pflege derselben sich unterziehen solle.

In Folge dieses, auf eine einzelne Speculation gerichteten Gesellschaftsvertrags hat nun Kläger bedeutende Quantitäten Roggen und Weizen angekauft und aufgelagert. Jetzt berechnet er in einzelnen

Posten seinem Gesellschafter den Aufwand an Ankaufspreis, so wie an Kosten für Herbeischaffung, Auflagerung und Abwartung dieser Getreidequantitäten, vom Beklagten, so weit er nicht beziehentlich bei einzelnen Posten dessen Geschäfte allein besorgt hat, die Restituirung der Hälfte dieses Aufwandes unter Abzug der bereits empfangenen Zahlungen verlangend.

Es fragt sich nun vor allen Dingen, welchen Erfordernissen der Gesellschafter, der über die Verwaltung des ihm anvertrauten Geschäftes seinem Gesellschaftsgenossen Rechnung ablegt, im Allgemeinen zu genügen habe, um die Verpflichtung des Letzteren zu antheiliger Restituirung des berechneten Aufwandes zu begründen.

Dies steht allerdings im Zusammenhange mit der Frage über die vom Gesellschafter auf die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache anzuwenden gewesene Sorgfalt. Diese beschränkt sich aber bei dem Gesellschafter schon an sich auf einen geringeren Grad von Fleiß, nämlich denjenigen, welchen er in seinen eignen Geschäften anzuwenden pflegt, weil er solche Geschäfte eines Andern, die von seinen eignen Geschäften nicht zu trennen sind, besorgt, und er außerdem zum höchsten Fleiße in seinen eignen Angelegenheiten gezwungen sein würde. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Gesellschaftsvertrag ist aber noch besonders vorgeschrieben in

§. ult. Inst. de societate (3. 25.).

L. 72. Dig. pro socio (17. 2.).

Der Grund hierfür wird in diesen Gesetzesstellen dahin angegeben, daß es Jeder sich selbst zuzuschreiben habe, wenn er einen weniger vorsichtigen Menschen zum socius nimmt, quia, qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet, d. i. nach der Stelle in den Institutionen: sibi imputare debet. Es hat also der Gesellschafter alle diejenigen, das gemeinschaftliche Geschäft betreffenden Handlungen des andern Gesellschafters, von welchen angenommen werden kann, daß er sie bei Verwaltung eines, nur seine eigenen Angelegenheiten betreffenden Geschäfts ebenfalls vorgenommen haben würde, als ihn mitverpflichtend anzuerkennen und hierunter seinen Gesellschafter schadlos zu halten. Man kann daher und weil die Societät in dieser Hinsicht zugleich die eigne Angelegenheit des einzelnen Gesellschafters ist, bei jener Pflicht zur Schadloshaltung nicht die strengeren Erforderniße einer negotiorum gestio zum Maßstabe nehmen.

cfr. l. 25. §. 16. Dig. familiae erciscundae (10. 2.).

Wenn vielmehr nur der Fleiß, welchen Jemand in seinen eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, von dem Administrator des gemeinschaftlichen Geschäftes beansprucht werden kann, so ist damit auch darauf hingewiesen, daß dieser Administrator zugleich seine eigne Angelegenheit besorgt habe, und daher von ihm vorauszusetzen sei, daß, weil er gleichzeitig im eignen Interesse gehandelt, mit dem von ihm für das gemeinschaftliche Geschäft bestrittenen Aufwande zugleich das Interesse seines Gesellschaftsgenossen besorgt habe. Es ist daher im

Zweifelsfalle und so lange nicht das Gegentheil nachgewiesen worden, von einem für das gemeinschaftliche Geschäft gemachten Aufwande anzunehmen, daß hierunter der Administrator auch zum Besten seines Gesellschafters gehandelt habe.

Hat man aber bei Feststellung der Beitragspflicht des Gesellschafters zu den vom Administrator über das gemeinschaftliche Geschäft berechneten Verwendungsposten überhaupt einen milderen Maßstab zu nehmen, so ist es auch in jetziger Instanz dem Kläger nicht als ein besonderer Fehler anzurechnen gewesen, wenn er in den Einl.-Puncten — die berechneten Posten cumulativ und ohne für die einzelnen Posten die entsprechende Bezeichnung anzugeben, als nothwendige, usanzmäßige und der Gegenleistung angemessene bezeichnet hat, indem es bei den das gemeinschaftliche Geschäft betreffenden Berechnungsposten — die Verität der Verwendung oder Dienstleistung vorausgesetzt — neben der Frage über die Angemessenheit der Höhe der einzelnen Ansätze nur darauf ankommen kann: ob gegen die Voraussetzung, daß sie im Interesse des gemeinschaftlichen Geschäfts erfolgt sind, Etwas vorliegt oder nicht? Im ersten Falle muß die Verbindlichkeit des Beklagten zu Restituirung seines Antheils als begründet erscheinen.

Auch kann nach der in jetziger Instanz gewonnenen Ansicht die Verbindlichkeit des Beklagten dann nicht gemindert werden, wenn Kläger, wie er angibt, einen Theil der im Interesse des gemeinschaftlichen Geschäfts vorgenommenen Arbeiten durch eigne Dienstleute und Geschirre ausgeführt hat. Denn waren diese Arbeiten wirklich dem Interesse des Geschäfts entsprechend und mithin Kläger, wenn er dieselben durch Lohnarbeiter oder Lohngeschirre vornehmen ließ, berechtigt, den dafür gemachten Aufwand vom Beklagten zu dessen Antheile zurückzufordern, so kann dem Kläger dieses Zurückforderungsrecht dadurch nicht verkürzt werden, daß er diese Arbeiten durch Personen und Geschirre vornehmen ließ, die er zwar nicht speciell für diese Arbeiten auslohnte, die er aber im Allgemeinen auszulohnen hatte, und wegen derer er daher, indem er sie seinem eignen Geschäfte entzog und im gemeinschaftlichen Geschäfte zu so umfänglichen Arbeiten verwendete, einen wirklichen Aufwand gehabt hat. Schon der Umstand, daß Kläger an sich berechtigt war, ohne eine vorherige Zusage der Entschädigung Seiten Beklagtens jene Verrichtungen zum Gegenstande einer Berechnung machen zu dürfen, gibt an die Hand, daß im vorliegenden Falle die Präsumtion der Unentgeltlichkeit für geleistete Verrichtungen, dafern nicht Bezahlung dafür zugesichert oder sie von Personen, die aus den betreffenden Arbeiten ein Gewerbe machen, verrichtet worden sind, nicht eintritt. An sich steht daher dem Kläger kein Hinderniß entgegen, auch die gangbaren Preise für diese Dienstverrichtungen in Ansatz zu bringen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Bienert's gegen Reif, vom 11. März 1856.)

7.

132.

Ueber die Erfordernisse der querela inofficiosae donationis.

„Zur Statthaftigkeit der querela inoff. donat. ist zunächst erforderlich, daß durch die angefochtene Veräußerung das Vermögen des Veräußernden dermaßen erschöpft worden sei, daß demselben nicht mehr soviel übrig geblieben, um den gesetzlichen Pflichttheil seiner Notherben, wie sich derselbe nach dem Vermögensbestande des Veräußerers unmittelbar vor der Veräußerung berechnet haben würde, zu decken, da im entgegengesetzten Falle die Veräußerung an sich nicht als eine inofficiöse betrachtet werden kann.

nov. 92. Cap. 1.

Es muß aber auch ferner noch auf die Todeszeit des Veräußernden Rücksicht genommen werden, da, wenn derselbe nach der Veräußerung noch so viel von Neuem erworben hat, daß der obige Pflichttheilsbetrag aus seinem Nachlasse gedeckt werden kann, die anfänglich inofficiöse Veräußerung keiner weitern Anfechtung unterliegt.

Thibaut, System S. 493 edit. noviss.

Frank, Notherbenrecht, S. 505 flg.

Diese Sätze erkennt der Kläger Bl. — selbst als richtig an, in der Anwendung auf den vorliegenden Fall aber zeigt sich gerade die Unschlüssigkeit der Klage. Der Kläger hat den Werth des väterlichen Gutes zu nicht höher als 7000 Thlrn. angegeben, denn auf das beiläufige Anführen im Verfahren Bl. —, daß sich dieser Werth auf beinahe 11000 Thlr. belaufe, kann, weil hierin eine wesentliche Abänderung in Bezug auf die zur Begründung der Klage erforderlichen Thatsachen liegt, schon aus formellen Gründen keine Rücksicht genommen werden. Nun ist aber bereits Bl. — klar und überzeugend nachgewiesen worden, daß bei einem Werthe des gedachten Gutes nach Höhe von 7000 Thlrn. selbst dann, wenn man als gewiß betrachten wollte, daß das ganze Vermögen des Verkäufers zur Zeit der Veräußerung nur in dem verkauften Grundstücke sammt Inventar bestanden und der erstere außer denjenigen Kaufgeldern, welche er noch Bl. — im Gesammtbetrage von 2300 Thlrn. von Beklagtem zu empfangen hatte, etwas Weiteres bei seinem Ableben nicht hinterlassen habe, dennoch eine Verletzung des Klägers in dem ihm gebührenden Pflichttheile durch den Verkauf jenes Grundstückes nicht eingetreten sein, und sogar die zu dessen vollständiger Deckung erforderlichen Mittel auch noch beim Tode des gemeinschaftlichen Erblassers in jenen Kaufgeldern vorhanden gewesen sein würden. Daß letztere vor der Verfallzeit an den immittelst verstorbenen Verkäufer abgetragen und von diesem anderweit verwendet worden seien, läßt sich — insoweit hierauf nach Obigem überhaupt etwas ankommen könnte — eben so wenig voraussetzen, als daß andere Umstände zur Zeit des Kaufsab-

schlusses vorhanden gewesen seien, welche der in voriger Instanz angestellten Berechnung und deren Ergebnisse für den vorliegenden Fall entgegenständen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Rosenkranz gegen Rosenkranz, vom 1. April 1856.) γ.

133.

Von den Voraussetzungen, unter welchen der Richter ausnahmsweise von dem Gutachten der Mehrheit der Sachverständigen abgehen und seine Entscheidung auf die Ansicht der Minderheit derselben gründen kann.

„Wenn der vom Kläger ernannte Sachverständige Bl. — der Meinung ist, daß S. vom Jahre 1840 ab und besonders beim Acte der Verzichtleistung selbst in einem, den freien Vernunftgebrauch und mithin die Dispositionsfähigkeit völlig ausschließenden Zustande gewesen sei, so wird diese Ansicht von den beiden andern Sachverständigen Bl. — für unrichtig erklärt und das ausführliche Gutachten dahin abgegeben, daß eine Anlage zur Seelenstörung, welche jedoch ohne allen nachtheiligen Einfluß auf dessen Fähigkeit, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen, sei, bei S. schon früher vorhanden gewesen sein könne, seine geistige Dispositionsfähigkeit hingegen nur erst in den Jahren 1845 und 1846 in Zweifel gezogen, und erst vom Jahre 1847 an als durch eingetretene Seelenstörung aufgehoben erachtet werden könne.

Hinsichtlich der Beurtheilung dieser drei Gutachten ist den vorigen Gründen Bl. — beizupflichten. Allerdings kann der Richter ausnahmsweise von der Mehrheit der Sachverständigen abgehen und auf die Ansicht der Minderheit seine Entscheidung gründen, wenn sich klar ergibt, daß das Gutachten der ersteren von irrigen thatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, oder auf unlogische, falsche Schlußfolgerungen sich gründet, oder endlich wissenschaftlich gar nicht motivirt erscheint. Allein eine solche Ausnahme liegt im streitigen Falle keineswegs vor; vielmehr kann in allen diesen Beziehungen die Vergleichung nur zu Gunsten der Mehrheit ausfallen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Schulze gegen Bucher, vom 5. April 1856.) γ.

134.

Wenn in einer auf den Eid gestellten Klage auf ein Anerkenntniß des Beklagten als Klaggrund Bezug genommen wird, so muß genau angegeben werden, worin die Erklärung oder Handlung bestanden, in welcher das Anerkenntniß liegen soll.

„Das Anerkenntniß, auf welches in der Klage Bezug genommen wird, ist offenbar in unschlüssiger Weise vorgebracht worden. Denn

da das Anerkenntniß einer Schuldverbindlichkeit auf verschiedene Weise erfolgen und es nicht selten zweifelhaft erscheinen kann, ob das, worin der Kläger ein Anerkenntniß gefunden hat, ein solches auch wirklich enthalte, muß wenigstens bei einer Gewissensklage genau angegeben werden, worin die Erklärung oder Handlung bestanden habe, in welcher das Anerkenntniß liegen soll. Das Anführen Bl. —, es habe der Beklagte „anerkannt" dem Kläger 293 Thlr. schuldig zu sein, erscheint nur als ein Urtheil des Klägers ohne thatsächliche Unterlage, und die behauptete Acceptation ist einflußlos, so lange man nicht zu erkennen vermag, ob der Beklagte etwas erklärt oder gethan habe, was der Kläger mit Erfolg hätte acceptiren können."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Zschoche gegen Oelsner, vom 12. April 1856.) γ.

135.

Zur Lehre von der condictio indebiti. — Begriff des indebiti — Irrthum des Mandatars als Veranlassung der indebite geleisteten Zahlung. — Inwiefern kann sich der Empfänger der Zahlung mit der Einrede, daß das Geld nicht mehr bei ihm vorhanden, schützen? —*)

„Wenn man berücksichtigt, daß die condictio indebiti (als welche die gegenwärtige Klage angesehen werden muß) von demjenigen anzustellen ist, von welchem oder aus dessen Vermögen ohne Rechtsgrund und aus Irrthum etwas in das Vermögen des andern übergegangen ist, (l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. l. 3. 4. 5. D. de cond. indeb. 12. 6.) und daß es somit bei Entscheidung der Frage, ob eine Zahlung indebite geleistet worden sei, darauf ankommt, ob derjenige, welcher sie aus seinen Mitteln geleistet hat, dem Empfänger dazu verbunden gewesen sei, so leuchtet auch von selbst ein, daß, die Wahrheit der in der Klage enthaltenen factischen Angaben vorausgesetzt, der Beklagte die libellirten 600 Thlr. indebite von dem Kläger erhalten habe. Denn die Zahlung der gesammten 700 Thlr. ist aus dem Vermögen der Kläger erfolgt, welche für ihre Person gar keine Verpflichtung hierzu hatten und lediglich in Folge des ihnen von St. und Comp. ertheilten, aber auf die Summe von 100 Thlrn. beschränk-

*) Die Kläger hatten an den Beklagten, von welchem ein von ihm producirtes Kunstwerk gewissen fürstlichen Personen zugeeignet und übersendet worden war, eine Summe von 100 Thlrn. im Auftrage eines fremden Banquierhauses, welches sich jedoch hierbei den Klägern gegenüber keineswegs als Beauftragter der Empfänger des Kunstwerkes gerirte, auszuzahlen gehabt. Sie ertheilten hierzu an ihre Comptoiristen briefliche Anweisung. Der mit der Ausfertigung der desfallsigen an die Casse abzugebenden Scheine beauftragte Comptoirist H. hatte aber nach Behauptung der Kläger 700 Thlr. anstatt 100 Thlr. gelesen und so war es gekommen, daß der Cassirer der Kläger dem Beklagten 700 Thlr. statt 100 Thlr. ausgezahlt hatte. Die zuviel bezahlten 600 Thlr. wurden nun von Klägern als ein indebitum condicirt. S. Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856. S. 329 flg.

ten Mandates handelten, andererseits aber auch, bekannten Rechtsgrundsätzen nach, die Zurückerstattung dessen, was sie gegen das Mandat verausgabt haben, von ihren Mandanten nicht beanspruchen dürfen. Die etwaigen Ansprüche des Beklagten an die Empfänger seines Kunstwerkes aber können den Klägern gegenüber nicht als ein Rechtsgrund der geleisteten Zahlung geltend gemacht werden, weil sie nicht für Rechnung dieser Empfänger zahlten, auch, wie oben auseinandergesetzt worden, weder berechtigt, noch verpflichtet waren, dieselben dem Beklagten gegenüber zu vertreten.

Was ferner die Beschaffenheit des behaupteten Irrthums betrifft, so ist dabei zu bemerken, daß die Kläger für ihre Person sich in einem solchen nicht befunden haben; denn sie wußten, wie viel sie an den Beklagten auszuzahlen hatten und ertheilten auch ihrerseits nur nach Höhe von 100 Thlrn. Anweisung an ihre Comptoiristen. Es handelt sich also um einen Irrthum ihrer Beauftragten, insbesondre des in der Klage benannten H., welcher mit der Ausfertigung der an die Casse abzugebenden Doppelscheine beauftragt worden ist und aus Versehen anstatt der Ziffer 100 die Ziffer 700 im Briefe Bl. — gelesen haben soll. Dieser Irrthum, in Folge dessen die Mandanten allerdings die condictio indebiti anstellen konnten, wenn sie die indebite geleistete Zahlung nicht ratihabirt hatten (l. 6. pr. D. de condict. indeb. 12. 6.), war ein factischer, eben so wie der des Cassirers, welcher auf Grund der ihm übergebenen, auf 700 Thlr. lautenden Doppelscheine die darin ausgedrückte Summe der 700 Thlr. dem Beklagten zustellte. Der factische Irrthum ist entschuldbar, wenn er nicht auf einer groben Nachlässigkeit beruht (l. 6. l. 9. pr. D. de jur. et fact. ign. 23. 1.) und diese kann wenigstens in der Regel nicht vorausgesetzt werden. Das Versehen des Copisten H. ist ohne Nachweis besonderer Umstände nicht als Folge einer groben Nachlässigkeit anzusehen, und eben so wenig ist es den Klägern oder deren Cassirer als eine besondre Nachlässigkeit anzurechnen, daß sie nicht die von H. ausgestellten Doppelscheine vor der Auszahlung revidirt und beziehentlich mit dem Briefe Bl. — verglichen haben. Es kommt aber auch in Ansehung der Kläger nicht einmal darauf, ob sie mit mehr Vorsicht hätten zu Werke gehen sollen, etwas an, da sie diese Zahlung weder selbst vorgenommen, noch die Zahlung von mehr als 100 Thlrn. angeordnet haben, die Aushändigung der zuviel erhobenen 600 Thlr. vielmehr lediglich auf dem Irrthume H—s beruht.

Anlangend endlich des exceptivische Vorbringen Beklagtens, daß er die empfangenen 700 Thlr. bereits bis auf eine Summe von 142 Thlrn. ausgegeben gehabt, als er von der irrthümlich erfolgten Mehrzahlung benachrichtigt worden; so hat man auch dabei der Ansicht der vorigen Instanz beipflichten müssen. Denn erkennt man auch den Grundsatz als richtig an, daß die condictio einer indebite geleisteten Zahlung gegen den Empfänger der letztern nur insoweit stattfinde, als derselbe durch diese Zahlung bereichert worden ist, so muß

es doch, wie Bl. — richtig bemerkt worden ist, als eine Bereicherung gelten, wenn er das indebite empfangene Geld verwendet hat, um damit seine eignen Schulden zu decken oder Ausgaben zu bestreiten, welche ihm für seine Person obliegen, wie dies in den Bl. — angezogenen Gesetzstellen (L. 47. §. 1. D. de solut. et liber. L. 65. §. 6. D. de cond. indeb.) deutlich anerkannt wird. Der Aufwand, welcher durch die Herstellung des Kunstwerkes „Oesterreichs Ostermorgen" entstanden ist, mußte nach Bl. — Beklagter ohne alle Rücksicht auf den Erfolg seiner Speculation allein übertragen; wenn also der Beklagte die empfangenen 700 Thlr. theilweise zu Deckung dieses Herstellungsaufwandes verwendet und entweder diesfallige Rückstände an den Forderungsberechtigten ausgezahlt oder sich selbst wegen des bereits Ausgegebenen remboursirt hat, so liegt in jener Verwendung in dem einen wie in dem andern Falle ein Vortheil, eine Bereicherung desselben, indem er auf diese Weise entweder eigne Schulden abgetragen oder sich den Ersatz eines ihn außerdem treffenden Verlustes verschafft hat. Bei dem, was der Beklagte hiergegen Bl. — bemerkt, verwechselt er das Verhältniß, in welchem er zu dem Kläger steht, mit den Ansprüchen, die er möglicherweise an andere Personen machen kann. Anlangend aber die Gewinnantheile, welche der Beklagte seinen Mitarbeitern außer den ihnen unbedingt zukommenden Minimalsätzen überantwortet haben will, so fehlt es an einer genauern Angabe dessen, wie viel diese Tantièmen betragen haben, es läßt sich also nicht einmal übersehen, ob dieselben eine causa major ausmachen und zum Beweise ausgesetzt werden können."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Fr. und Comp. gegen P., vom 3. April 1856.) γ.

136.

Wer Geld für einen Andern verwendet, hat dasselbe präsumtiv aus seinen eignen Mitteln hergenommen und ist mit einer desfallsigen Beweisführung nicht zu beschweren.

„Wenn jemand Geld zum Nutzen eines Andern verwendet, wohin namentlich der Fall der Befriedigung eines Gläubigers desselben zu rechnen, so streitet die Präsumtion dafür, daß er das verwendete Geld aus seinen eignen Mitteln hergenommen, und es kann ihm der Beweis des letzteren Umstandes um so weniger angesonnen werden, als sich die Behauptung der Verwendung aus eignen Mitteln eigentlich in die Negative auflöst, daß von keinem Dritten das Geld zu dem fraglichen Zwecke der Verwendung hergegeben worden sei, bei dergleichen rein negativen Sätzen aber der Natur der Sache nach eine Beweisführung gar nicht denkbar und möglich ist. Nach diesem Gesichtspunkte hat es nun zwar auf Klägers Appellation bei der Beweisauflage der vorigen Instanz rücksichtlich des Klaggrundes nicht gelassen werden können, allein eben so wenig ließ sich dem Antrage Klägers auf Wiederherstellung des von der ersten Instanz erkannten

delati über den Umstand, daß Kläger die libellirte Geldsumme für Beklagten verlagsweise bezahlt habe, entsprechen, da, abgesehen von der Frage der Statthaftigkeit des Eidesantrages über dieses Anführen, hierdurch zu einem andern Ergebnisse als dem, welches ohnehin nach Obigem unter Voraussetzung der Wahrheit der in pct. l. c. 15—17. behaupteten (die vom Kläger geschehene Bezahlung einer Schuld des Beklagten an seinen Gläubiger St. betreffenden) Thatsache, worüber der Eid referirt worden, als präsumtiv anzusehen sein würde, nicht gelangt, die Ausflucht des Beklagten Bl. — aber, wonach Kläger die libellirte Geldsumme im Auftrage seines Gläubigers F. und zwar mit liberatorischer Wirkung diesem gegenüber, welcher wiederum seinerseits Beklagtem vertragsmäßig zu Bezahlung der St—schen Forderung verpflichtet gewesen, an St. gezahlt haben soll, nicht ausgeschlossen und beiseitigt erachtet werden könnte. — Bei dieser Sachlage ist vielmehr auf das relatum über die bemerkten Einl. Pkte. 15—17. rc. zu erkennen, unter Voraussetzung der Leistung dieses Eides aber dem Beklagten der Beweis seines vorbemerkten exceptivischen Vorbringens nachzulassen gewesen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Kirchhof gegen Thümmler, vom 25. April 1856.) γ.

137.

Derjenige, welcher von seinem mit hypothekarischen Schulden behafteten Immobile einen Theil wegschenkt, ist nicht verpflichtet, die Einwilligung der hypothekarischen Gläubiger zur Entlassung der verschenkten Parcelle aus dem Hypothekennexus herbeizuschaffen.

„In dem Protocolle Bl. — ist allerdings eine ausdrückliche Zusicherung des Beklagten, der Klägerin die geschenkte Feldparcelle an 75 Quadratruthen hypothekenfrei zu gewähren, nicht enthalten, und ebensowenig läßt sich aus dem Zusammenhange und den übrigen Bestimmungen desselben mit ausreichender Sicherheit entnehmen, daß dies die Absicht des Beklagten gewesen sei. Es kann sich daher, da die Bl. — erhobene Klage gleichwohl ganz allein und ausschließlich auf dem Inhalte jener Niederschrift über den von den Partheien eingegangenen Vertrag beruht, nur fragen, ob sich nach den vom Schenkungsvertrage im Allgemeinen geltenden Rechtsgrundsätzen annehmen lasse, daß Beklagter verbunden sei, das geschenkte Landstück der Klägerin hypothekenfrei zu übergeben? In dieser Beziehung hat man aber der in voriger Instanz bereits erfolgten verneinenden Beantwortung dieser Frage beizustimmen gehabt. Denn ist der Gegenstand der Schenkung eine individuell bestimmte Sache — species — so erfüllt der Schenkgeber die durch das Schenkungsversprechen übernommene Verbindlichkeit vollständig dadurch, daß er die betreffende Sache in dem Zustande und in der Beschaffenheit, wie sie gerade ist

und er sie selbst besessen hat, dem Beschenkten übergibt, wie denn auch ganz dasselbe Verhältniß unzweifelhaft dann eingetreten sein würde, wenn die Schenkung sofort durch Uebergabe vollzogen worden wäre. Eine Gewährleistung wegen der geschenkten Sache, eine Haftungsverbindlichkeit dafür, daß der Beschenkte die Sache in einem besseren und werthvolleren Zustande erhalte, als der donator sie selbst besessen hat, kann dem letzteren der Natur der Sache nach nicht angemuthet werden.

> l. 62. D. de aedil. edict. „etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? quid ergo, si res ab eo, cui donata est, melior facta sit? Numquid quanti ejus qui meliorem fecit, interest, donator conveniatur? quod minime dicendum est: ne liberalitatis suae donator poenam patiatur etc.

Von selbst folgt hieraus, daß der Beschenkte, wenn ihm ein Grundstück, auf welchem hypothekarische Schulden haften, ganz oder theilweise geschenkt worden, vom donator nicht verlangen kann, daß er ihm das betreffende Immobile frei von dieser Belastung übergebe, und die von der Klägerin zu Begründung ihrer gegentheiligen Ansicht Bl. — citirten Gesetzstellen können schon deshalb nicht als entgegenstehend betrachtet werden, weil sich dieselben auf die Lehre von den Legaten beziehen, wo ganz andere Verhältnisse maßgebend werden. Denn davon, was von den Gesetzen als präsumtiver Wille des Testirers gegenüber den von ihm eingesetzten Erben und den mit Legaten bedachten Personen — und zwar unter den in den gedachten Stellen enthaltenen Voraussetzungen ganz folgerichtig und sachgemäß — angenommen wird, läßt sich kein Schluß ziehen auf das, was als Wille des donator bei einer donatio inter vivos dem Schenknehmer gegenüber vorauszusetzen ist.

Eben so unrichtig erscheint es, wenn Kläger in Bl. — es als mit dem Begriffe der Schenkung unvereinbar bezeichnen zu können glaubt, daß das ihr geschenkte Stück Land dem zeither bestandenen hypothekarischen Nexus unterworfen bleibe, da dieser Nexus durchaus nicht hindert, daß ihr die gedachte Parcelle übergeben werde und in ihr Eigenthum übergehe, mithin die hierbei angezogene l. 9. §. 5. D. de donat. auf den vorliegenden Fall gar keine Anwendung leidet.

Eine andere Frage ist allerdings die, ob nicht Klägerin, falls sie von den hypothekarischen Gläubigern in Anspruch genommen werden sollte, von Beklagtem verlangen könnte, daß derselbe zu deren Befriedigung nach dem Verhältnisse beitrage, in welchem der übrige Complex des verpfändeten Gutes zu der davon an Klägerin verschenkten Parcelle steht, dergestalt, daß, wenn z. B. letztere Parzelle nur den 100. Theil des Gutes des Beklagten, welches in seinem Gesammtcomplexe Gegenstand der Verpfändung ist, betrüge, Beklagter zur Befriedigung der hypothekarischen Gläubiger nach $\frac{99}{100}$, Klägerin nur nach $\frac{1}{100}$ verbindlich wäre? diese Frage würde allerdings zu be-

jahen sein, da ein solches Verhältniß der vor der Schenkung stattgefundenen Sachlage ganz entsprechen würde und so wie keine Ueberlassung des Objects der Schenkung in besserer als der zeitherigen Beschaffenheit, so auch andrerseits nicht als in dem Willen des Schenkgebers liegend vorausgesetzt werden kann, daß er dasselbe unter ungünstigeren Bedingungen, als er es selbst besessen, dem Beschenkten habe übereignen wollen. Für die gegenwärtige Entscheidung hat jedoch dieser Gesichtspunct sich als einflußlos dargestellt, da es sich bei dieser nur darum handelte, ob Klägerin von Beklagtem die Beibringung der Einwilligung der hypothekarischen Gläubiger in die Entlassung der ihr geschenkten Parzelle aus dem Hypothekenverbande überhaupt zu verlangen berechtigt sei, was gedachtermaßen zu verneinen gewesen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Zschauin gegen Kühnitzsch, vom 22. April 1856.) γ.

138.

Beim Beweise eines Ortsherkommens sind testes de auditu nicht so schlechthin als ungeeignet zur Herstellung des Beweises zu verwerfen.

„Gegen die persönliche Glaubwürdigkeit der übrigen Zeugen ist kein Einwand erhoben worden. Soviel aber den innern Gehalt ihrer Aussagen und die Quellen ihrer Wissenschaft anbelangt, so würde man zu strenge Anforderungen an das Gelingen eines auf Ortsherkommen gerichteten Beweises stellen, wenn man nur diejenigen Aussagen, welche auf unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung beruhen, als glaubhaft betrachten und solche Zeugen, die sich auf Mittheilungen anderer Ortsbewohner, beziehentlich Gemeindeglieder berufen, so schlechthin als unglaubhafte testes de auditu verwerfen wollte. Es handelt sich im gegenwärtigen Processe nicht um den Beweis einer einzelnen Thatsache, sondern um die Existenz einer localen Einrichtung, welche in der Gemeinde A. eine lange Reihe von Jahren hindurch bestanden haben soll. Einrichtungen dieser Art, bei denen die Mehrzahl der Gemeindeglieder als Berechtigte oder Verpflichtete unmittelbar betheiligt sind, gelangen erfahrungsmäßig und der Natur der Sache nach zur allgemeinen Kenntniß an dem Orte ihres Bestehens, und gegenseitige Mittheilungen und Gespräche, welche hierüber unter den einzelnen Ortsbewohnern stattgefunden haben, können bei Verhältnissen dieser Art nicht so unbedingt als eine unzuverlässige Quelle der Wissenschaft betrachtet werden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Döring's und Gen. gegen Liebe und Gen., vom 22. April 1856.)

γ.

139.

Der Mühlgraben ist keineswegs ohne Weiteres als Zubehör der Mühle und dem Besitzer der letzteren gehörig zu betrachten, vielmehr muß der Mühlenbesitzer, dafern der Mühlgraben nicht lediglich auf seinem Grund und Boden angelegt worden, wenn er das Eigenthum am Mühlgraben in Anspruch nehmen will, einen besondern Erwerbstitel anführen.

„Eine gesetzliche Bestimmung, nach welcher der Mühlgraben ohne Weiteres und ohne besondern Erwerbstitel für eine Pertinenz der Mühle, welche von dem Wasser desselben gespeist wird, und demzufolge der Besitzer der letztern zugleich auch als der Eigenthümer des Mühlgrabens anzusehen sei, existirt, wie sich Kläger Bl. — bescheidet, nicht. Im Gegentheile ist der Mühlgraben, sofern er nicht lediglich auf dem im Eigenthume des Mühlenbesitzers sich befindenden Grund und Boden, sondern so angelegt worden ist, daß er die Grundstücke verschiedener Personen berührt, nach den über die öffentlichen und resp. Privatgewässer im Allgemeinen geltenden Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen. Nach der eigenen Beschreibung des Klägers kann der gegenwärtig in Frage stehende Mühlgraben nicht als ein öffentliches Gewässer betrachtet werden, er befindet sich auch nicht ausschließlich auf dem Grund und Boden des Klägers, sondern berührt in einer anscheinend beträchtlichen Ausdehnung die Grundstücke einer Mehrzahl einzelner Adjacenten, denen also im Zweifelsfalle insgesammt ein antheiliges Eigenthums- und Mitbenutzungsrecht daran zusteht, während das Recht des Mühlenbesitzers in Bezug auf den ganzen Tract des Mühlgrabens bis zum Beweise eines bessern und namentlich eines Eigenthumsrechts daran nur aus dem Gesichtspunkte einer Servitut und eines hierauf beruhenden Mitbenutzungsrechtes angesehen werden kann. (Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwalt. N. F. Bd. 10. S. 110 flg.) Wenn folglich der Kläger, wie dies nach dem Inhalte der Klage und der Erklärung im rechtlichen Verfahren Bl. — allerdings angenommen werden muß, seinen gegenwärtigen Anspruch auf das Eigenthum an dem fraglichen Mühlgraben gründen wollte, mußte er anführen und eintretenden Falles nachweisen, daß und wie er dasselbe besonders erworben habe, da der Besitz eines an diesem Mühlgraben gelegenen und von demselben getriebenen Mühlengrundstückes allein noch kein ausschließliches Eigenthumsrecht und nicht einmal eine factische Vermuthung für die Existenz eines solchen an dem Mühlgraben begründet. Klägers Anführen Bl. — daß der Mühlgraben bekannten Rechten nach zu seiner Mühle gehöre, läuft, insofern damit ein Eigenthumsrecht bezeichnet werden soll, nur auf ein Urtheil desselben hinaus, dessen Unrichtigkeit bereits gezeigt worden ist.

Nun könnte man zwar für die Aufrechthaltung der Klage geltend machen, daß dieselbe insoweit auf Beweis beruhe, und deshalb eine

speciellere Darlegung des Rechtstitels, vermöge dessen der Kläger das Eigenthum des Mühlgrabens erworben habe, entbehrlich gewesen. Allein die Klage enthält nicht einmal im Allgemeinen die Behauptung, daß Kläger dieses Eigenthum besonders erworben habe, und wenn derselbe im weiteren Fortgange seiner Geschichtserzählung und im Petito den fraglichen Mühlgraben „den seinigen" nennt, und von „seinem Eigenthume" daran spricht, so geschieht dies offenbar nur in der irrigen Voraussetzung, daß ihm als Besitzer der Mühle auch der Mühlgraben zugehöre. Es würde sich also, wollte man auf Beweis des Eigenthums interloquiren, nicht einmal voraussetzen lassen, daß Kläger den erforderlichen besondern Erwerbstitel im Beweise werde anführen können."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Uhlig's gegen Menzel, vom 26. April 1856.) γ.

140.

Zu §. 75. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838.

„Wenn derjenige, welcher rechtskräftig verurtheilt worden ist, gewisse Gegenstände seinem Gegner nach einem Verzeichnisse, wie er solches eidlich zu bestärken im Stande, auszuantworten, ein solches Verzeichniß eingereicht hat und es sich nur noch darum handelt, daß er die Richtigkeit oder Vollständigkeit desselben eidlich erhärte, so kann das Präjudiz der Vorladung zum Schwörungstermine nicht darauf gerichtet werden, daß im Falle des Außenbleibens oder der Nichtleistung des Eides er sich des Eintritts der in §. 75. des Execut. Gesetzes geordneten Nachtheile — wozu auch auf Antrag des Berechtigten Gefängnißzwang unter der §. 71. des ged. Gesetzes geordneten Zeitbeschränkung gehören würde — zu gewärtigen habe, sondern es ist der Specificant nur unter der Verwarnung zum Schwörungstermine vorzuladen, daß er beim Außenbleiben oder wenn er nicht schwöre, des Eides für verlustig werde erachtet werden.

Die Folge des Verlustes des Eides ist sodann die, daß der Berechtigte zum juramentum in litem, oder wenn er dieses nicht sollte schwören wollen, zum Beweise seines Schadens — vergl. Biener, syst. proc. §. 215. not. 3. — zugelassen wird."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen v. Eberstein gegen Rotsch, vom 12. April 1856.*) γ.

*) Die in dieser Sache ertheilten Entscheidungsgründe sind so umfänglich, daß man von deren Mittheilung unter den Präjudizien Umgang genommen und hier nur den decisiven Theil derselben zusammengefaßt hat.

141.

Im Falle eines factischen Irrthums bedarf es zu Begründung der condictio indebiti in der Regel keines besonderen Nachweises der Entschuldbarkeit des Irrthums.

„In Bezug auf den Beweis der Entschuldbarkeit eines Irrthums ist zu unterscheiden zwischen dem factischen und Rechtsirrthume; die Entschuldbarkeit des letzteren ist von demjenigen, welcher sie behaupten zu können glaubt, nachzuweisen, wogegen bei dem factischen Irrthume der Beweis, daß solcher auf einer groben Fahrläßigkeit beruhe, wenigstens dann, wenn er sich nicht auf die eigenen Handlungen und Rechtsverhältnisse des Irrenden bezieht, dem Irrenden nicht obliegt.

vergl. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Theil IV. Beil. VIII. n. 335.

Die Bl. — angezogene Stelle des nämlichen Schriftstellers unterstützt die Ansicht des Beklagten durchaus nicht, und enthält nur den Satz, daß bei dem Widerrufe eines gerichtlichen Geständnisses nicht blos die Unwahrheit der eingeräumten Thatsachen, sondern auch „daß sich der Gestehende bei der Ablegung des Zugeständnisses im Irrthume befunden" (also nicht wissentlich Unwahres eingeräumt habe) dargethan werden müsse, keineswegs aber, daß auch der Beweis der Entschuldbarkeit eines hierbei vorgekommenen factischen Irrthums geführt werden müsse.

Der Grund davon liegt darin, daß bei der Mannichfaltigkeit und dem Wechsel der thatsächlichen Erscheinungen und Verhältnisse dem Einzelnen nicht zugemuthet werden kann, solche Thatsachen, welche außer seiner eigenen Person und Rechtssphäre liegen, zu wissen.

l. 1. §. 4. D. de jur. et fact. ignor.

Auch bestimmen die römischen Gesetze — von denen übrigens die Bl. — citirte l. 11. §§. 8. und 11. D. de interrog. etwas für die Meinung des Beklagten Sprechendes gar nicht enthält — ausdrücklich, daß der factische Irrthum jeder Zeit unschädlich sein solle, wenn er nicht die Folge grober Fahrläßigkeit sei, wogegen dieselben eine besondere Sorgfalt in Bezug auf die Verhältnisse anderer Personen bei Niemand voraussetzen.

l. 2. 5. D. de juris et fact. ignor.

l. 6. D. eod.

nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, nec scrupulosa inquisitio exigenda, scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigenda.

Soll die Unkenntniß dessen, was ein Dritter erklärt oder verhandelt hat, dem Irrenden als eine supina negligentia angerechnet

werden, so müssen besondere Umstände eingetreten sein, welche die Annahme begründen, daß bei nur einiger Aufmerksamkeit der Irrende die nöthige Kenntniß erlangt haben müsse und Umstände dieser Art können nicht vorausgesetzt, sondern müssen schon nach allgemeinen Proceßregeln von dem erwiesen werden, der sie für sich geltend machen will. Anlangend den vorliegenden Fall, so bezieht sich der behauptete Irrthum auf mündliche und schriftliche Erklärungen, welche der Freiherr von H. bei seinen Lebzeiten abgegeben haben soll. Daß nun der Amtshauptmann von B., als Administrator der erst durch die letztwillige Verfügung von H—'s in's Leben gerufenen Stiftung, von allem Anfange an von diesen Handlungen des verstorbenen H. hätte unterrichtet sein müssen, wenn er bei der ihm obliegenden Function auch nur den geringen Grad von Sorgfalt angewendet hätte, welcher zur Entschuldbarkeit eines factischen Irrthums erforderlich ist, kann, wie einer weiteren Auseinandersetzung nicht bedarf, ohne den Nachweis besonderer, eine nimia negligentia beurkundender Umstände, nicht angenommen werden."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen der v. H...schen Stiftung gegen A. und Genossen, vom Monat Januar 1856.) L.

142.

Die Geltendmachung eines Irrthums ist an die vierjährige Restitutionsfrist nicht gebunden.

„Die letzte, nochmals angeregte Frage ist die, ob der Wiederkläger mit der Geltendmachung des behaupteten Irrthums an die vierjährige Restitutionsfrist gebunden gewesen sei.

Allein auch in dieser Hinsicht hat man den Verfassern des vorigen Erkenntnisses nur beistimmen können. Wie nämlich insbesondere von dem Bl. — angezogenen Schriftsteller ausführlich nachgewiesen worden ist, bezieht sich nach einem richtigen Verständnisse der Quellenterminologie der Ausdruck restitutio in integrum, als ein besonderes Rechtsverhältniß, nur auf die von einem magistratus (dem Prätor) oder dem Kaiser kraft seines imperii vorgenommenen Rescission eines vorhandenen und Wiederherstellung eines früheren Rechtszustandes.

Vergl. auch von Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, Bd. 7. §§. 315. 316.

Somit kann aber auch die

l. 7. C. de tempor. rest. 4. 52.

nur auf diese restitutio in integrum in ihrer näheren quellenmäßigen Bedeutung und nicht auf solche Fälle bezogen werden, wo die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes nicht durch ein besonderes Decret des Magistrats, sondern durch Klagen oder Einreden herbeigeführt werden soll, die ebenso, wie alle übrigen, von dem gewöhnlichen Richter durch Anwendung der dafür aufgeführten Rechts-

regeln, also mit Anerkennung eines kraft dieser Regeln bestehenden Rechtes geprüft und entschieden werden, bei dessen Existenz die außerordentliche Vermittelung des obrigkeitlichen Amtes nicht erforderlich war, um einer Rechtsverletzung zu begegnen.

Im gegenwärtigen Rechtsstreite handelt es sich aber nicht, wie Wiederbeklagte immer wieder behaupten, um Restitution gegen ein gerichtliches Geständniß und eine darauf gegründete rechtskräftige Entscheidung, nicht um die Rescission eines an sich rechtsgültigen Geschäftes, sondern nur darum, ob die Aufstellung einer dem Wiederkläger nachtheiligen Berechnung eine rechtsverbindliche Wirkung äußern könne, wenn erwiesen wird, daß diese auf factischem Irrthume beruht, also der Wille, sich zu verpflichten, ausgeschlossen ist; hierüber lag bis jetzt noch keine Entscheidung vor, welche Rechtskraft erlangt hätte."

(Urthel des O.-A.-G. in derselben Sache.)

L.

143.

Eine Forderung, welche verjährt ist, kann nicht mehr zur Compensation gebracht werden.

„Das Königl. Oberappellationsgericht hat constant und bis auf die neueste Zeit die Ansicht befolgt, daß durch die erlöschende Verjährung persönlicher Klagen nicht blos das Klagrecht, sondern auch das Recht selbst und zwar dergestalt, daß letzteres auch nicht mehr zum Behufe der Compensation dienen kann, verloren gehe.

vergl. die in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung (Bd. XIII. S. 445) abgedruckte Entscheidung des Oberapp. Gerichts.

Von dieser Meinung abzugehen, hat man in dem, was Wiederkläger ausführlich darzustellen bemüht gewesen, keine Veranlassung gefunden. Die dort zu lesende Deduction enthält im Wesentlichen dieselben Argumente, welche von den Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung angeführt werden und welche v. Löhr, in der Bl. — angezogenen Abhandlung (im Archiv f. civil. Praxis X. 2.) sowie v. Vangerow, Leitfaden Bd. 1. S. 176 flg. vollständig widerlegt haben.

Der Wiederkläger bezieht sich zunächst auf den aus dem römischen Rechte nicht erweisbaren Satz, daß hier zwischen einer civilrechtlichen und einer natürlichen Verbindlichkeit zu unterscheiden und daß nach römischem Rechte durch die Extinctivverjährung nur die erstere aufgehoben, die letztere dagegen nicht beseitigt werde. Ferner ist die Annahme unbegründet, daß die Verjährung nur eine Strafe der Nachlässigkeit in der eigenen Rechtsverfolgung sei; vielmehr ist der Hauptzweck dieses Rechtsinstitutes in der Sicherung des Rechtszustandes und beziehentlich dem Schutze des Schuldners vor zukünftigen Ansprüchen

des Gläubigers zu suchen, wenn auch die Nachlässigkeit des Gläubigers in der Verfolgung seiner Rechte zugleich als ein Moment in den Quellen angegeben wird, welches diesen Schutz und den Verlust des Rechtes durch die erlöschende Verjährung rechtfertigen soll. Hiernach können auch die bekannten, von Wiederklägern angezogenen drei Stellen,

l. 19. pr. l. 40. D. de cond. indeb.
l. 9. §. 4. D. de Sct. Maced.

in welchen anscheinend als Regel aufgestellt wird, daß bei Exceptionen, welche in odium creditoris eingeführt worden, nur die civilrechtlichen, bei Exceptionen, die zum Vortheile des Schuldners bestehen, aber jede und auch die s. g. natürliche Verbindlichkeit aufhöre, für Wiederklägers Ansicht mit Erfolg nicht angezogen werden, und die Unsicherheit des Arguments, welches auf diese Stellen gegründet werden könnte, erweist sich schon daraus, daß dieselben von den Vertheidigern beider Ansichten für sich angezogen werden,

Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5. §. 249;

nicht zu gedenken, daß sich deren Anwendung in andern, gerade unzweifelhaften Fällen nicht bewährt. Hat das Institut der Verjährung, wie selbst von den Gegnern der hier angenommenen Meinung nicht verkannt und namentlich auch

c. 3. 4. C. de praescr. XXX v. XL ann.
novella 111. in praef. et fine.

deutlich ausgesprochen wird, den Zweck, daß ein factischer Zustand durch den Eintritt der Verjährung unanfechtbar werden solle, und erwägt man, daß nach Inhalt der v. Löhr, im Archive für civilist. Praxis Bd. 10. S. 76. angezogenen Gesetzesstellen und besonders der c. 3. 4. C. de praescript. 7. 39., bei dem Eintritte der Extinctivverjährung kein weiterer Rechtsstreit stattfinden, der Schuldner liber et plenissima munitione securus sein soll, so ist auch der von

v. Savigny, l. c.

aufgestellten Meinung nicht beizupflichten, daß damit nur die Sicherheit vor einer Klage gemeint worden sei, da z. B. derjenige, welcher auch nach Ablauf der Extinctivverjährung die Compensation der verjährten Forderung sich gefallen lassen müßte, immer nicht vor neuen processualischen Streitigkeiten sicher sein würde, welche möglicherweise eben so lästig und noch lästiger für ihn sein können, als die Anstellung einer Klage.

Auch ist die Ansicht, daß durch den Ablauf der erlöschenden Verjährung nicht blos die Klage, sondern das Recht selbst aufgehoben werde, diejenige, welche in der sächsischen Praxis von jeher anerkannt und nicht blos von den meisten Schriftstellern älterer und neuerer Zeit,

vergl. Berger, El. disc. for. Tit XI. obs. 5. pag. 387.
Supplem. ad elect. P. 1. pag. 145.

Oeconomia juris, lib. II. Tit. II. th. 44. not. 7.
Christ. Heinr. Berger, Dec. 87. p. 91.
Menke, syst. D. L. 44. T. 3. §. 16.
Kori, Theorie der Verjährung §. 52.
v. Langenn und Kori, Erörter. III. 21.
Haubold, Lehrbuch §. 276. not. b.

sondern auch bei verschiedenen Landesgesetzen
Const. 2. P. II. const. 4. P. II. Dec. 5. de 1746.
Mandat, die Rechtsgrundsätze über Frohnen betr., §. 31.
Mandat v. 13. November 1779, die Edictalcitationen außerhalb des Concurses betr., und
Generale vom 14. Decbr. 1801.

und factisch selbst in dem neuesten Gesetze
vom 23. Juli 1846. §. 12.
anerkannt worden ist."

(Urthel des O.-A.G. in derselben Sache.) L.

144.

Eine Forderung verjährt auch dann, wenn sie innerhalb der Verjährungsfrist zur Compensation hätte gebracht werden können.

„Ebensowenig konnte man aber auch der Ansicht des Wiederklägers beitreten, daß in Ansehung der beim 5. Klagpuncte aufgeführten Forderungen der Lauf der Verjährung nicht in den Bl. — gedachten Jahren habe beginnen können. Wiederkläger führt in dieser Hinsicht an:

a., daß v. H. die ihm zustehende actio mandati directa nicht eher habe anstellen dürfen, als bis die Gegenforderungen A—s auf andere Weise vollständig gedeckt worden, was, nach der bei der condictio indebiti angestellten Berechnung, erst im Jahre 1823 der Fall gewesen.

Nun ist aber, wie auch Wiederkläger selbst gar nicht bestreitet, der Mandatar, welcher bei der Ausführung seines Auftrags Gelder aus eigenen Mitteln für den Mandanten verwendet hat, nach Vollziehung seines Mandats berechtigt, sofort die Restitution dieses Aufwandes mittelst der actio mandati contraria von dem Mandanten zu fordern und es ist diese Klage, falls etwas Anderes nicht besonders und ausdrücklich vereinbart worden, weder an eine Bedingung, noch an einen Zeitablauf gebunden. Es läßt sich auch nicht mit dem Wiederkläger behaupten, daß die Verjährung eines Forderungsrechtes deshalb nicht beginne oder bezüglich unterbrochen werde, wenn der Forderungsberechtigte die Ausflucht der Compensation zu erwarten habe. Denn es kann dermalen als ein in der Doctrin allgemein anerkannter Satz gelten, daß das bloße Zusammentreffen gleich-

artiger, an sich zur Compensation geeigneter Ansprüche kein Umstand ist, welcher auf das Fortbestehen und die Klagbarkeit des früheren Schuldverhältnisses einen nothwendigen Einfluß äußert.

vergl. Sintenis, in der Zeitschrift für Civilrecht rc. Bd. 18. S. 3 flg.

Die vom Wiederkläger angezogenen Quellenaussprüche enthalten den Satz, daß derjenige, dessen Forderung eine peremtorische Einrede entgegenstehe, nicht mehr ein creditor zu nennen sei. Hierauf kann man sich mit vollem Rechte beziehen, um nachzuweisen, daß durch die exceptio praescriptionis das Forderungs- und nicht blos das Klagrecht erlösche; keineswegs aber kann jenen Stellen auch der Sinn untergelegt werden, als wenn der Gläubiger in diesem Falle gegen den Lauf der erlöschenden Verjährung gesichert werde; denn es bedarf, wenn die Forderung durch eine peremtorische Exception erlöschen und der creditor thatsächlich aufhören soll, ein solcher zu sein, erst noch der processualischen Ausführung dieser Exception und hierzu kann, außer dem Falle der exceptio praescriptionis selbst, der Schuldner nicht angehalten werden, wenn die entsprechende Klage nicht vor Ablauf der Extinctivverjährung angestellt wird. Auch läßt sich in speciellem Bezuge auf die Compensation der Grundsatz offenbar nicht anwenden, „dolo facere, qui id quod quaqua exceptione elidi possit, — oder quod redditurus sit, petat." Die Frage, ob eine Klage als unbegründet und widerrechtlich sich darstelle, ist von der Frage, ob dieselbe verjährt sei, völlig verschieden und unabhängig und wenn man, was den Fall der Gegenforderung betrifft, berücksicht, daß, wie sogleich noch näher zu erwähnen sein wird, nach der richtigen Ansicht die Coexistenz gegenseitiger compensabler Forderungen die letztere nicht ohne Weiteres aufhebt, so kann in der rechtzeitigen Anstellung einer gehörig substantiirten Klage umsoweniger irgend ein dolus gefunden werden, als im Gegentheile, im Mangel freier Vereinigung über die gegenseitige Anerkennung und Aufhebung der Forderungen, dem Gläubiger, welcher compensiren will, gegen den widersprechenden Schuldner nur der Weg der Klaganstellung übrig bleibt, wenn nicht entweder beide Forderungen verjähren, oder ohne alle Unterstützung der Gesetze eine Unverjährbarkeit beider behauptet werden soll.

b., Daß Wiederkläger im Vorprocesse die exceptio compensationis illiquider Maßen vorgeschützt hat, kann ihm nicht zu Statten kommen, weil die erlöschende Verjährung der Forderungen nur durch Klaganstellung, nicht durch Exceptionen unterbrochen wird. Der Grundsatz, reus excipiendo fit actor, hat nur eine processualische, vornehmlich die Beweispflicht betreffende Bedeutung.

Ebensowenig kann sich der Wiederkläger darauf berufen, daß ihm die Ausführung dieser Ausflucht in der Wiederklage vorbehalten worden sei. Das Erkenntniß spricht damit nur aus, was ohnedem proceßrechtlich ist, daß der Beklagte die illiquiden Ausflüchte mittelst der Reconvention geltend machen könne, keineswegs wird aber

dadurch irgend ein Ausspruch darüber ertheilt, inwieweit ihm die besondere Ausführung gelingen werde. Alle Einwendungen und Repliken also, welche der Wiederbeklagte gegen die angestellte Wiederklage gegründeter Weise erheben kann, mithin auch die einer bereits früher eingetretenen oder bis zur Anstellung der Reconvention vollendeten Verjährung, werden durch jenen Vorbehalt der weiteren Ausführung nicht präjudicirt.

Endlich kommt Wiederkläger auch

c) auf die Behauptung noch besonders zu, daß nach dem in vielen Stellen des römischen Rechtes gebrauchten Ausdrucke „compensatio fit ipso jure" anzunehmen sei, daß die Forderungen der Wiederbeklagten mit dem Eintritte und der Fälligkeit der im 5. Klagpuncte erwähnten Gegenansprüche ohne alles Weitere in tantum erloschen seien, eine Vorstellung, welche zum Theil auch seiner, bereits ad a. näher beleuchteten Ansicht zu Grunde zu liegen scheint, daß bezüglich der letzteren der Lauf der Verjährung nicht habe beginnen können. Nun kann aber die richtige Auslegung dieses, früher nicht selten mißverstandenen Ausdruckes in der neueren Zeit kaum noch eine zweifelhafte genannt werden. Die Worte „ipso jure" hatten nach älteren römischen Rechten eine processualische, mit dem alten Formularprocesse der Römer zusammenhängende Bedeutung, insofern nämlich die Compensation, welche propter aequitatem und zuerst bei den actionibus bonae fidei Eingang gefunden, nicht in der Form einer Exception vorgeschützt und nicht in die formula actionis mit aufgenommen zu werden brauchte. Nach dem Aufhören des alten Formularprocesses verlor diese Bedeutung allen practischen Werth und es blieb nur noch eine materielle Wirkung übrig, welche darin besteht, daß, wenn die Compensation geltend gemacht worden ist, dieselbe eine rückwirkende Kraft in der Maße äußert, daß der Zeitpunct, zu welchem beide Forderungen existent und fällig gewesen, zugleich als derjenige zu betrachten ist, zu welchem beide durch Gegeneinanderrechnung für aufgehoben gelten sollen. Dazu bedurfte es aber in allem Betrachte noch einer äußeren Handlung, welche allerdings nicht blos in einer freiwilligen Uebereinkunft, sondern auch in einer einseitigen Erklärung bestehen konnte, da schon nach dem Gesetze jeder das Recht hat, die Compensation in dieser Maße zu fordern,

vergl. l. 4. Cod. de comp.

Dies wird nicht allein durch die Terminologie der Quellen,

z. B. c. 2. c. 14. §. 1. C. de comp.

l. 10. l. 13. l. 23. D. de comp.

welche von einem „summovere creditorem," „compensationem objicere, opponere, implorare" sprechen, bestätigt, sondern auch noch deutlicher ausgesprochen in der

l. 2. D. de comp. unusquisque creditorem suum eundemque debitorem submovet, si paratus est compensare,

l. 1. §. 4. D. de contr. tutelae act. arbitrii ejus erit, utrum compensare, an petere velit sumtus,

l. 5. D. de comp.

Im Uebrigen wird es vollständig genügen, zur Beseitigung der von dem Wiederkläger hiergegen versuchten Deduction, auf dasjenige, was von den angezogenen Schriftstellern ausgeführt worden ist, zu verweisen, und nur soviel noch besonders zu bemerken, daß die Bl. — angezogenen Gesetzstellen einen Beweis für die Ansicht des Wiederklägers nicht zu liefern vermögen. Denn in keiner von allen diesen Stellen ist der Ausspruch enthalten, daß die Compensation schon durch die bloße Coexistenz der beiderseitigen Forderungen und ohne daß sich ein Betheiligter, sei es nun auf diese oder jene Art und Weise, auf die Compensation berufen habe, eintrete. Im Gegentheile lassen sich diese Stellen insgesammt mit der Ansicht vollkommen und ohne allen Zwang vereinigen, daß die Worte „compensatio ipso jure fit" jetzt nur noch die materiell rechtliche Bedeutung haben, daß die Compensation schon infolge bestehender Rechtsgrundsätze und ohne daß es für deren Zulässigkeit noch einer besonderen vermittelnden Thätigkeit- oder Willensäußerung der Betheiligten bedarf, eintritt, woraus aber nicht folgt, daß auch die Berufung auf diese Rechtsgrundsätze von Seiten dessen, welcher compensiren kann, unnöthig sei, sondern nur, daß, wenn er sich darauf beruft, die Wirkung schon zu der Zeit als eingetreten betrachtet werden muß, zu welcher die gleichartigen und fälligen Forderungen einander gegenüber gestanden haben. Gegen diese Nothwendigkeit der Allegation läßt sich aber auch nicht einwenden, daß bei anderen Erlöschungsgründen, welche ohne Zweifel die Verbindlichkeit ohne Weiteres aufheben, z. B. der Zahlung, der Beklagte sich auf solche beziehen müsse, damit der Richter davon Kenntniß erlange; denn bei solchen Erlöschungsgründen ist die Anführung derselben nur deshalb erforderlich, damit sie vom Richter berücksichtigt und im Processe zur formalen Geltung gebracht werden können; bei der Compensation dagegen wird durch die Berufung auf selbige erst das Recht zu compensiren — obschon mit der angegebenen rückwirkenden Kraft — ausgeübt. Wer die exceptio solutionis nicht opponirt und in dessen Folge verurtheilt wird, zahlt, was er nicht schuldig war, mithin, wenn er wissentlich und absichtlich nicht excipirte, als Schenker; wer dagegen die Compensation nicht geltend macht oder geltend machen will, der zahlt eine bestehende Schuld und ist unbehindert, seine Gegenforderung, wenn ihr nicht andere Momente entgegenstehen, selbstständig einzuklagen, und nur, wenn er aus Irrthum die Compensation unterlassen hat, steht es ihm frei, statt dessen die condictio wegen des Gezahlten als eines quasi indebiti anzustellen, worin ganz offenbar eine nachträgliche Berufung auf das Recht zu compensiren liegt.

l. 10. §. 1. D. de comp. — l. 7. D. eod.

l. 1. §. 4. D. de contraria tut. act.

Hält man aber, wie hiernach geschehen muß, daran fest, daß der Eintritt einer fälligen Gegenforderung eine Thatsache ist, welche nicht, wie die Zahlung, solutio im engern Sinne, die Forderung des Gegners ohne Weiteres aufhebt und die exceptio solutionis begründet, sondern nur dem Inhaber der ersteren das gesetzliche Recht verleiht, die Compensation zum Zwecke der gegenseitigen Liberation zu fordern, während, bis dieses Recht geltend gemacht wird, die beiderseitigen Schuldverhältnisse unverändert fortbestehen, so bestätigt sich auch die Richtigkeit dessen, was ad a. über die Zulässigkeit und Nothwendigkeit der Klaganstellung gesagt worden ist, wenn sich der eine Forderungsberechtigte der verlangten Compensation und der Anerkennung der ihm in Gegenrechnung zu bringenden Forderung weigert. Auch ist es nicht richtig und consequent, wenn

Sintenis, Civilrecht Bd. 2. §. 104. not. 60.

meint, daß wegen einer verjährten Forderung zwar nicht geklagt, doch aber das Recht zu compensiren im Wege der Exception noch benützt werden könne, wenn nur die Forderung zu der Zeit, wo die Gegenforderung fällig worden, noch nicht verjährt gewesen sei; denn eine auf selbstständigen Gründen beruhende Exception kann nur so lange, als das Rechtsverhältniß, auf welches sie gegründet werden soll, noch besteht, geltend gemacht werden, und wenn durch den Lauf der Extinctivverjährung eine Forderung erloschen ist, so kann sie auch nicht mehr den Gegenstand einer Ausflucht der Compensation im Processe darbieten, wenn letztere nicht schon innerhalb der Verjährungsfrist außergerichtlich gefordert und anerkannt worden. Wollte man nach der Wortfassung in §. 12. des Gesetzes vom 23. Juli 1846 annehmen, es habe dem Gesetzgeber die entgegengesetzte Ansicht vorgeschwebt, so wäre dies hier schon deshalb nicht maaßgebend, weil die Bestimmungen dieses Gesetzes nur auf die dort speciell erwähnten Forderungen, welche von demselben allein betroffen werden, Anwendung zu erleiden hätten. Allein sowie bereits bemerkter Maßen der Gesetzgeber mindestens bei §. 12. dieses speciellen Gesetzes die Rechtsansicht, daß durch Extinctivverjährung das Forderungsrecht erlösche, — selbst in Ansehung solcher Ansprüche, welche einer kürzeren Verjährungsfrist unterworfen worden sind, — gebilligt hat, so berechtigen auch die Worte: „zu der Zeit, wo die Compensation eingetreten sein würde", an und für sich allein noch keineswegs zu der Annahme, daß man dabei die Meinung befolgt habe, es trete die Compensation eher ein, als bis sich der Schuldner darauf berufen habe.

Hiernächst kann die Bemerkung, daß es dem verstorbenen v. H. nicht zur Last gelegt werden kann, wenn er vor 45 Jahren der damals mehr verbreiteten Ansicht, daß die Coexistenz der gegenseitigen Forderungen ohne Weiteres deren Erlöschung (in tantum) herbeiführe, gefolgt sei, hier keine Beachtung finden und am wenigsten dazu berechtigen, eine unrichtige Ansicht bei der Enscheidung zu Grunde zu legen."

(Urthel des O.-A.-G. in derselben Sache.) L.

145.

Bei dem Lieferungsgeschäfte ist der festgesetzte Zeitpunct der Lieferung im Zweifel nicht als resolutive Bedingung zu betrachten.

„Die Beklagten haben wiederholt die Abweisung der Klage verlangt, weil der Kläger sich im Verzuge der Abholung und Uebernahme des fraglichen erkauften Kornes befinde und sie daher nicht mehr verbunden seien, den Handel zu halten.

Es ist auch dieser Ansicht in dem vorigen Erkenntnisse in der Hauptsache beigepflichtet und in dessen Folge die erhobene Klage abgewiesen worden, während die früheren Instanzen in dem Verzuge des Klägers, der Sachlage nach, keine Thatsache gefunden haben, aus welcher die Beklagten ein Befugniß zur einseitigen Aufhebung des Vertrages und zur Verweigerung der Erfüllung desselben abzuleiten berechtigt seien.

Bei einer Prüfung der für diese verschiedenen Ansichten vorgebrachten Gründe hat Man nun in gegenwärtiger Instanz Bedenken tragen müssen, der im vorigen Erkenntnisse entwickelten Ansicht unbedingt beizutreten.

Indem Man sich hierunter auf die, dem Erkenntnisse zweiter Instanz beigegebenen Gründe bezieht, hat Man noch Folgendes zur Rechtfertigung gegenwärtiger Entscheidung beizufügen gehabt:

Der allgemeine Grundsatz, daß der Verzug des einen Contrahenten den anderen, nicht säumigen Theil noch nicht berechtige, den Vertrag für aufgehoben und sich jeder Verpflichtung aus demselben für entbunden zu erachten, leidet eine Ausnahme, wenn die Contrahenten dahin übereingekommen sind, der mora des einen oder des anderen Theils eine den Vertrag selbst aufhebende und zur sofortigen Beanspruchung des Interesses berechtigende Wirkung beizulegen, sei es nun, daß dies mit ausdrücklichen Worten bedungen worden oder aus einzelnen Nebenumständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrages, als stillschweigend vereinbart mit Sicherheit anzunehmen.

Als eine solche stillschweigende Vereinbarung ist es nun allerdings mehrseitig

vergl. Treitschke, Kaufcontract §. 63. S. 142., §. 80. S. 179., §. 91. S. 219.

Thöl, Handelsrecht, Bd. I. §. 87. S. 280 flg.

angesehen worden, wenn der Vertrag zwischen handeltreibenden Personen über Lieferung und beziehendlich Abnahme einer den Schwankungen des Tagescourses oder Marktpreises unterliegenden Waare abgeschlossen und die Lieferung für einen bestimmten Tag oder Termin festgestellt worden ist.

Allein es sind bereits die Bedenken entwickelt worden, welche gegen diese, auf keinem Gesetze beruhende und nur durch eine schwankende und unsichere Bezugnahme auf die Interessen des Handels gestützte Ansicht geltend zu machen sind, wie auch nicht einmal behauptet werden mag, daß der Kläger blos deshalb, weil er das zu seinem

Geschäfte gehörige Getreide in großen Quantitäten einkaufe, wie ein Handeltreibender anzusehen und zu beurtheilen sei.

Eine ganz andere Frage würde es sein, wenn Beklagte zu behaupten vermocht hätten, daß sie das für den Kläger bestimmte Getreide zur Lieferungszeit für den Kläger bereit gehalten hätten, jedoch nunmehr durch den Verzug des Klägers und hiermit in Verbindung stehende Zwischenfälle außer Stande, gesetzt seien, die Lieferung noch zu bewirken. Eine solche Behauptung ist jedoch von ihnen nicht aufgestellt worden.

Der Contrahent, welcher zur Lieferung der Waare verpflichtet ist, wird übrigens bei Lieferungsverträgen auch gegen etwaige Nachtheile des von dem anderen Theile verhangenen Verzugs dadurch sicher gestellt, daß er mit dem Eintritte des Verzugs zur anderweiten Verwerthung der zu liefern gewesenen Waare berechtigt ist, dafern man nur dabei festhält, daß diese anderweite Verwerthung nicht als für eigne Rechnung des Verkäufers, sondern nur als in negotiorum gestione des Käufers bewirkt anzusehen ist. Hieraus folgt insbesondere, daß der Verkäufer, welcher hierbei allenthalben bona fide zu Werke gehen muß, den erlangten Preis dem Verkäufer zu berechnen und, insoweit er das bedungene Kaufgeld übersteigen sollte, demselben herauszugeben verpflichtet, dagegen, wenn der erlangte Werth dem unter den Contrahenten vereinbarten Kaufpreise gleichkäme oder hinter letzterem zurückbliebe, der Verkäufer solchen auf seinen Anspruch wegen des Kaufgeldes ohne Weiteres in Abrechnung zu bringen und bezüglich das ihm daran noch Fehlende vom Käufer ersetzt zu verlangen berechtigt sein würde. Denn der Verkäufer ist nicht verpflichtet, die abzunehmende und rechtzeitig für den Käufer bereit gehaltene Waare über den verabredeten Ablieferungstermin hinaus für den säumigen Käufer aufzubewahren, zumal wenn er, wie bei Handeltreibenden präsumtiv ist, seine Niederlagsräume und Gefäße selbst braucht,

fr. 1. §. 3. D. de per. et commod. rei vend.

und es wesentlich besonders im Handelsverkehre auf pünktliche Innehaltung der für die Erfüllung abgeschlossener Geschäfte bedungenen Termine ankommen kann.

Aus diesen Gründen ist die Entscheidung zweiter Instanz wiederherzustellen gewesen und bedarf die Entscheidung bezüglich des Kostenpunctes keiner besonderen Rechtfertigung."

(Urthel des Leuterungssenates des O.-A.-G. in Sachen S. gegen M., vom Monat September 1856.) L.

146.

Der Altersvormund eines außerehelichen Kindes kann, wenn die Mutter des Kindes unter Eidesantrag bereits auf Alimente geklagt hat und der Eid geschworen worden ist, in seiner Alimentationsklage sich nicht nochmals des Eidesantrages bedienen.

„Die Gründe, welche Kläger gegen die in voriger Instanz

erfolgte Abweisung seiner Klage vorgebracht hat, sind zum Theil an sich richtig, jedoch nicht geeignet, auf den vorliegenden Fall angewendet zu werden. Denn wahr ist es allerdings, daß die Mutter eines unehelichen Kindes, welche von dem Schwängerer Alimente für dasselbe einklagt, nicht durch willkührliche Handlungen, wie z. B. durch Vergleichsabschluß, Entsagung des Processes, Versäumnisse und dergleichen, den Rechten des Kindes präjudiciren kann. Wenn schon dieselbe zum Besten des Kindes, dessen Erziehung ihr obliegt, mit einer Klage zugelassen wird, der Schwängerer auch nicht angehalten werden kann, Alimente, die er in dessen Folge der Mutter verabreicht hat, dem Kinde selbst noch einmal zu gewähren, so kommt doch der Mutter, so lange sie nicht wirklich zur Vormünderin des Letzteren bestellt ist, eine Vertretung desselben in dem Umfange nicht zu, daß sie auch Verbindlichkeiten demselben gültig auferlegen oder dessen Rechte beschränken kann. In diesem Sinne haben auch die Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts sich ausgesprochen. Eine andere Beurtheilung erfordert jedoch der hier vorliegende eigenthümliche Fall, wenn der Grund der Alimentationsverbindlichkeit, nämlich die Schwängerung, auf den Eidesantrag der Mutter von dem Beklagten eidlich abgelehnt worden ist, und nun der inmittelst bestellte Altersvormund in einer neuen Klage demselben Beklagten denselben Eid von Neuem anträgt. Hier kommt die Heiligkeit des Eides in Betracht, welche verbietet, die Eide unnütz zu vervielfältigen. Daher steht der Eid, welchen ein Schuldner dem einen correus credendi gegenüber geleistet hat, auch dem anderen Gläubiger entgegen, und dieser kann dieselbe Eidesleistung nicht noch einmal verlangen.

l. 28. pr. D. de jure jurand.
In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit.

Die Mutter und ihr uneheliches Kind sind zwar an sich zwei verschiedene Personen, allein sie stehen insofern den correis gleich, als sie ganz ein und dasselbe Interesse haben, daß das Kind ernährt werde, und die Verbindlichkeit, diese Ernährung zu gewähren, auch auf Seiten des Schwängerers sich als eine und dieselbe darstellt. Ebenso kommt der von dem Bürgen geleistete Eid über die Hauptschuld auch dem Hauptschuldner zu Statten, und umgekehrt, und der Gläubiger kann weder von dem Einen noch von dem Anderen denselben Eid noch einmal verlangen.

l. 28. §. 1. D. eod.
l. 1. §. 3. D. quar. rer. act. non dat.

Auch läßt sich nicht behaupten, daß die Wirkungen der rechtskräftigen Entscheidung, und die gesetzlichen Gränzen derselben, hier allein maaßgebend seien, weil die exceptio rei judicatae und die exceptio jurisjurandi von einander verschieden sind und der letzteren in den Rechten ein größeres Gewicht beigelegt wird.

l. 2. D. de jurejurand.
Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata.

Daher hat auch die zweite Instanz ihre Entscheidung ganz richtig nicht auf die Rechtskraft der in dem vorhergehenden Processe gesprochenen Erkenntnisse, sondern auf die Wahl des Eidesantrags, als eines nach Lage der Sache unstatthaften Beweismittels, gestützt. Das in der Wehnerschen Druckschrift: Beantwortung verschiedener Rechtsfragen H. 1. S. 11. erwähnte Präjudiz des Oberappellationsgerichts in Sachen des Altersvormundes des Völkel'schen Kindes gegen Christian Wilhelm Brand, kann für die entgegengesetzte Meinung nicht mit Grunde angeführt werden, da sich bei näherer Vergleichung findet, daß die Frage, welche hier vorliegt, damals in dritter Instanz ganz unentschieden geblieben ist. Ebensowenig paßt die Bl. — aus Leyser's Meditationen (spec. 145. coroll. 1.) ausgehobene Stelle auf den vorliegenden Fall, da sie nur so viel sagt, daß ein Streitgenosse, welcher seine antheilige Forderung durch Beweis ausführen will, (probationem suscepturus), daran durch das delatum, welches einem anderen Streitgenossen gegenüber geschworen worden, nicht behindert werden könne, hierbei also der besondere Fall einer wiederholten Eidesdelation gar nicht berührt wird. Auch haben andere bewährte Rechtslehrer das Gegentheil vertheidigt.

Malblanc, de jurejurando L. III. §. 63. in f.

Endlich kann Kläger nicht behaupten, daß die Mutter seiner Pflegbefohlenen, indem sie in dem Vorprocesse Beklagtem den Eid antrug, ihrem Kinde auf eine nachtheilige Weise präjudicirt habe, indem er selbst gegenwärtig denselben Weg einschlägt, und hierdurch thatsächlich zu erkennen giebt, daß er die Wahl dieses Beweismittels für sachgemäß anerkenne.

Da nach dieser Lage der Sache der in erster Instanz erkannte Eid hinwegfällt, so erledigen sich dadurch die Fragen, ob ein Geistlicher zuzuziehen und ob mit Abnahme des Eides bis nach erfolgter Entschließung über die Bl. — gedachte Criminaluntersuchung Anstand zu nehmen sei, von selbst. Eben dieses gilt auch zur Zeit von dem Bedenken hinsichtlich der Legitimation Klägers als Vormundes für seine Stieftochter, obwohl Man auch in dieser Beziehung von der Ansicht der zweiten Instanz schwerlich abgegangen sein würde, da das Appellationsgericht zu Zwickau die competente höhere Behörde in Vormundschaftssachen ist, welcher die Beurtheilung der Legalität der geschehenen Bevormundung zunächst zu überlassen ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Schneider gegen Müller, vom Monat September 1856.)

L.

147.

Der Besteller einer Maschine hat, wenn er nach Empfang der Maschine und Bezahlung der Accordssumme wegen Fehler in der Leistungsfähigkeit der Maschine entweder auf Erfüllung oder Aufhebung des Vertrages klagt, die Fehler, an welchen das Werk leidet, speciell anzugeben.

„Kläger fordert in der erhobenen Klage unter dem Anführen, daß die von Beklagtem der Stadtgemeinde zu P. gelieferte Dampfmaschine der vertragsmäßigen Leistungsfähigkeit nicht entspreche, entweder

a., Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, oder, dafern Beklagter diese Verpflichtung zu erfüllen nicht im Stande,

b., Erstattung des Kaufpreises und der Verpackungskosten sammt Verzugszinsen gegen Rückgabe der gelieferten Dampfmaschine.

Unter der Voraussetzung, daß die letztere den dem Kläger in dem abgeschlossenen Vertrage geleisteten Zusagen nicht gemäß wäre, würde nun zwar Kläger, wie schon richtig bemerkt worden, mittelst der actio emti nicht weiter die nachträgliche Erfüllung dessen, was Beklagter zufolge des Contracts noch nicht erfüllt haben soll, sondern nur das id quod interest zu verlangen berechtigt sein, dieses aber, nach Verschiedenheit der Fälle, in der Leistung der Entschädigung bestehen, oder auch, dafern der Mangel so beschaffen, daß die Kenntniß davon den Kläger ganz abgehalten haben würde, den fraglichen Gegenstand zu kaufen (wie im vorliegenden Falle angenommen werden müßte), die Wiederauflösung des Contracts herbeizuführen, geeignet, und der Käufer hierin weder durch den seitdem eingetretenen Ablauf der Zeit behindert sein, noch es zu diesem Zwecke der Beziehung auf einen dolus des Verkäufers bedurft haben.

Sintenis, das practische gemeine Civilrecht, Bd. 2. S. 616.

Ebensowenig konnte ferner die bereits geschehene Uebergabe der Maschine und die vollständig bewirkte Bezahlung des Kaufpreises diesem Verlangen als entgegenstehend betrachtet werden. Ein thatsächlich erfolgtes Einverständniß mit der verabredeten Leistungsfähigkeit der ersteren läßt sich daraus um deswillen nicht ableiten, weil über die innere Eigenschaft eines solchen Werkes der Natur der Sache nach nicht schon bei der Uebernahme, sondern erst wenn sie in Gebrauch genommen und nach Befinden durch Sachverständige geprüft worden, ein Urtheil möglich ist, weshalb denn auch ein diesfallsiger ausdrücklicher Vorbehalt nicht erforderlich war. Wenn indeß der Käufer, nachdem er das bestellte Werk übergeben erhalten und den Kaufpreis dafür bezahlt hat, in dieser Hinsicht als Kläger auftritt, und seinen Anspruch darauf gründet, daß dasselbe den in dem Kaufvertrage bedungenen Eigenschaften gemäß nicht hergestellt worden, sondern an gewissen, die Qualität des Werkes betreffenden Fehlern leide, wie dies in dem vorliegenden Falle durch die Bezugnahme auf

die geringe Leistungsfähigkeit der fraglichen Dampfmaschine behauptet worden ist, so gehört jedenfalls ganz wesentlich zum Klagfundamente, daß Kläger diese mangelhafte Beschaffenheit des ihm gelieferten Werkes durch Anführung genügender Thatsachen gehörig begründe und beweise, während dem Beklagten unbenommen bleiben würde, seine etwaige entgegengesetzte Behauptung, daß dasselbe dem Vertrage entspreche (wie sie hier Beklagter vorgebracht hat), im Gegenbeweise auszuführen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen der Stadtgemeinde zu P. gegen D. H., vom Monat September 1856.) L.

148.

Ueber die Anwendbarkeit der Dec. 88. vom Jahre 1661 auf den Wechselproceß.

„Es bleibt daher nur noch zu erörtern übrig, ob dem Antrage Beklagtens bei seiner dritten Beschwerde, daß in Gemäßheit der 88. Decision vom Jahre 1661 die Verurtheilung bis nach Austrag der von ihm beantragten Untersuchung ausgesetzt werde, Statt zu geben sei. Will man nun auch davon absehen, daß die Ausflucht des Betrugs im Verhörstermine nicht ausdrücklich vorgeschützt worden ist, da sie mit der vorgeschützten Ausflucht der Zahlung in unmittelbarem Zusammenhange steht, so ist doch auch sonst kein ausreichender Grund vorhanden, erwähnte 88. Decision auf diesen Rechtsstreit anzuwenden. Bereits ist in der Criminalsache von der zweiten Instanz ausgesprochen worden, daß zur Zeit keine ausreichenden Indicien vorliegen, die Untersuchung wider Klägern einleiten zu lassen, und man findet in dem Inhalte der Acten keine Veranlassung, vom civilrichterlichen Standtpuncte aus eine andere Ansicht zu fassen. Wäre dies aber auch der Fall, so würde es gleichwohl bedenklich erscheinen, das Wechselverfahren zu sistiren. Denn wenn schon mehrangezogene Decision darüber, ob sie auch in Wechselsachen anzuwenden sei, keine besondere Andeutung enthält, so hat es doch der Natur der Sache nach mit diesen eine andere Bewandniß als mit den Sachen, welche im ordentlichen oder im einfachen Executivprocesse verhandelt werden, weil der Wechselgläubiger durch Sistirung des Processes in Gefahr kommt, des hauptsächlichsten Mittels zu Erlangung seiner Befriedigung, nämlich der Vollstreckung in die Person, beraubt zu werden, während sein Schuldner im Falle eines vorhandenen Verdachts, nach Befinden durch Deposition des Schuldbetrags sich sicher stellen kann. In dieser Maße ist auch bereits am 10. Juni 1856 in bei dem Landgerichte zu Dresden anhängigen Sachen Seeger's gegen Lehmann von dem Oberappellationsgerichte erkannt worden. *)

Von selbst versteht es sich übrigens, daß es Beklagtem freistehen

*) Vergl. Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856. S. 405 flg.

muß, seine Ausflucht mittelst Widerklage oder auch besonderer Klage weiter auszuführen, wie denn auch durch gegenwärtiges Erkenntniß der Entschließung höchster Instanz auf die eingewendete Berufung Beklagtens in der Untersuchungssache nicht vorgegriffen werden kann."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Krause gegen Seurig, vom Monat September 1856.) L.

149.

Ueber die Wirkung der Rechtsregel: pluralitas debitorum non praesumitur bei Zahlungen.

„Die Ausflucht der Zahlung ist allerdings nur dann als begründet anzusehen, wenn dargethan worden, daß die dem Kläger ausgehändigte Summe Geldes zur Tilgung der geklagten Forderung bestimmt, oder doch Kläger dieselbe auf das Libellat abzurechnen verbunden gewesen sei. Hieraus folgt aber noch nicht, daß der Beklagte in allen Fällen auch den Umstand speciell beweisen müsse, daß das Eine oder das Andere der Fall gewesen sei. Räumt nämlich der Kläger ein, daß er die von Beklagtem angegebene Geldsumme als Zahlung, also zum Zwecke der Schuldentilgung vom Beklagten empfangen habe, und ist diese Zahlung der Zeit und dem Betrage nach so beschaffen, daß sie auf die libellirte Forderung geleistet worden sein kann, so muß auch, da eine Mehrheit von Forderungen nicht präsumirt werden darf, sondern deren Existenz zuvörderst zu beweisen wäre, angenommen werden, daß auf die libellirten Schuldposten gezahlt worden sei. Im vorliegenden Falle sind die vom Beklagten behaupteten 3 Zahlungen im Gesammtbetrage von 64 Thlr. 20 Ngr. (denn 4. Thlr. 10 Ngr. sind bereits abgerechnet) zu Zeiten erfolgt, wo der Kläger nach seiner eigenen Rechnung bereits Ansprüche an den Beklagten erworben hatte, welche den Betrag der einzelnen Zahlungen überstiegen, so daß letztere ganz füglich als Rückzahlungen auf die jetzt geklagten Forderungen gelten können, die Kläger dagegen haben unumwunden eingeräumt, daß sie alle diese Zahlungen als solche empfangen haben, obschon sie dieses Geständniß durch das illiquide Anführen, daß sie aus ihrer früheren Geschäftsverbindung mit dem Beklagten noch andere Forderungen, auf welche jene Zahlungen geleistet worden, gehabt hätten, zu beseitigen suchen. Der Grund nun, weshalb die Klage nach Höhe der excipirten und eingeräumten Zahlungen in der angebrachten Maße abzuweisen, oder, was im Effect auf das Nämliche hinauskommt, der Beklagte von der gegenwärtigen Klage mit der Bl. — ausgedrückten Beschränkung zu entbinden und loszuzählen war, besteht hauptsächlich darin, daß dem Beklagten durch das erwähnte Zugeständniß der Kläger eine liquide proceßhindernde Ausflucht erwachsen ist, und die Kläger unterlassen haben, ihre illiquide Replik der Klage in gehöriger Weise zu inseriren, denn auf Beweis dieser Replik konnte nunmehr aus den Bl. — angeführten Gründen

und nach der in ähnlichen Fällen von dem Königl. Oberappellationsgerichte befolgten Ansicht, nicht erkannt werden. Es war also, rücksichtlich der vorgedachten drei Zahlungsposten das vorige Erkenntniß lediglich zu bestätigen."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen M. und Conf. gegen Sch., vom Monat September 1856.) L.

150.

Wenn für die Gestattung des Gebrauchs von Baugeräthen eine Vergütung versprochen worden ist, so kann über die Höhe der Vergütungssumme nach Befinden ein assertorium erkannt werden.

„Was endlich die vierte und fünfte Forderung in der Zusammenstellung Bl. — anlangt, so kann es an sich nicht zweifelhaft sein, daß Beklagte, wenn sie den zuletzt geförmelten Eid nicht leistet, zu Bezahlung derselben gehalten ist. Nur rücksichtlich der Quantificirung dieser Forderung könnte es in Frage sein, ob Kläger zur eidlichen Bestärkung der Höhe dieser beiden Posten gelassen werden könne. Allein es liegt in der Natur der Sache, daß derartige Forderungen sich gar nicht speciell angeben lassen. Die Benutzung von Baugerüsten und von sonstigen Bauutensilien, Kalkkästen, Sandsieben, Laufkarren und dergleichen, wird nach den ortsüblichen Preisen bezahlt, nicht aber kann verlangt werden, daß, um die für die Benutzung derselben versprochene Vergütung erhalten zu können, angegeben werden müsse, wie viel derartige Baugerüste und Bauutensilien werth gewesen, und um wie viel der Werth derselben sich durch den Gebrauch verschlechtert habe. Die versprochene Vergütung für die Benutzung derartiger Gegenstände besteht vielmehr in einer Art Miethgeld, die der Bauherr dem Baumeister zu gewähren hat und dieses Miethgeld richtet sich nach dem gewöhnlichen Ortsherkommen, nach den gewöhnlichen Forderungen, die Baumeister an ihre Bauherren in dieser Beziehung stellen. Wollte man einen förmlichen solennen Beweis rücksichtlich der Höhe derartiger Forderungen verlangen, so würde man in der Regel dahin kommen, daß derartige Forderungen fast nicht eingeklagt werden könnten. Um diesen Uebelstand zu beseitigen, hat die Praxis, wenn sonst keine Bedenken entgegenstehen, nachgelassen, daß der Forderungsberechtigte mittelst Eides erhärtet, daß die von ihm geforderten Preise die gewöhnlichen ortsüblichen seien, die er auch von seinen übrigen Kunden in gleichen oder ähnlichen Fällen gefordert und erhalten habe.

Mit Recht ist daher auch in zweiter Instanz für den Fall, daß Beklagte keinen der ihr nachgelassenen Eide leistet, dem Kläger gestattet worden, wegen der vierten und fünften Post den Bl. — ganz speciell geförmelten Eid sodann annoch zu leisten."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen W. gegen A., vom Monat September 1856.) L.

151.

Ueber die Nothwendigkeit der Zerlegung des Beweises in s. g. Artikel.

„Es mag zugegeben werden, daß, wenn im Concursprocesse einmal auf förmlichen Beweis einer angemeldeten Forderung erkannt worden ist, das Beweisverfahren allenthalben an die Formen des ordentlichen Processes gebunden ist; hieraus folgt aber noch nicht, daß die von dem Kläger innerhalb der ihm ertheilten Frist eingereichte Schrift zurückzuweisen und der demselben zuerkannte Beweis seiner Forderung für versäumt zu erachten sei.

Die älteren sächsischen Gesetze, auf welche man sich für die unbedingte Nothwendigkeit einer in Artikel eingetheilten Beweisschrift zu beziehen pflegt,

Const. Elect. P. I. XVI.

die alte Proceßordnung Tit. XX. §. 1. Tit. XXI. §. 1. und Tit. XXIV. 5. 1.

die Erledigung der Landesgebrechen vom 22. Juni 1661 §. 21.

sprechen allerdings aus, daß die Parteien auch beim Urkundenbeweise ihre Beweis- und Gegenbeweisartikel binnen der gesetzlich geordneten Fristen einreichen sollen und es wird in §. 7. der Alten Proceß-Ordg. Tit. XX. den Advocaten der beweispflichtigen Parteien aufgegeben, sich zu befleißigen, daß sie allein auf dasjenige, darauf der Sache Grund steht, artikuliren und hierinnen allen unnöthigen Ueberfluß vermeiden; auch die Erl. Proc.-Ordg. ad Tit. XX. §. 1. und ad Tit. XXI. §. 1 flg. und ad Tit. XXIV. §. 1. hat in dieser Hinsicht etwas nicht geändert.

Allein in keiner dieser Stellen, welche vornehmlich die Innehaltung der Fristen im Auge haben, ist ausdrücklich gesagt worden, daß die Eintheilung der Beweisschrift in einzelne Artikel ein so unerläßliches Erforderniß sei, daß bei deren Nichtbeachtung eine übrigens rechtzeitig überreichte Beweisschrift so schlechterdings für unzulässig zu erachten sei. Ebensowenig enthalten und können die angezogenen Gesetze eine nähere Vorschrift über Zahl, Reihenfolge und Inhalt der einzelnen Beweisartikel enthalten, und in Ansehung der äußeren Form, worin die Beweismittel, deren sich der Beweisführer bedienen will, inducirt werden müssen, ist in der Erl. Proc.-Ordg. ad Tit. XXIV. §. 2. nur in Bezug auf die Zeichen, mit welchen die inducirten Urkunden belegt werden sollen, eine specielle, aber nicht präjudicielle Anordnung enthalten. Es bedarf auch keiner ausführlichen Auseinandersetzung, daß derjenige Theil der Beweisschrift, welcher nur die ohnedies aus den Acten erhellende Proceßgeschichte und die Innehaltung der Beweisfatalien betrifft, kein wesentlicher Bestandtheil der Beweisführung, auf den materiellen Inhalt der Artikel aber noch keine Rücksicht zu nehmen ist, wenn es sich nur um Beantwortung

der Frage handelt, ob der Beweis wegen eines Mangels in der äußeren Form der Beweisschrift für versäumt zu erachten sei.

Nun kann es dermalen unerörtert bleiben, ob eine Beweisschrift, welche dem, wenigstens als Regel vorausgesetzten Erfordernisse der artikulirten Abfassung gar nicht entspricht, zugelassen werden könne. Denn die Schrift Bl. — enthält wenigstens zwei, unter fortlaufender Zahl aufgestellte Positionen, in denen die Forderungen des Klägers mit Angabe ihres Betrages und des Rechtsgrundes, auf dem sie beruhen sollen, aufgeführt worden sind; nicht minder sind die Urkunden, womit die Existenz dieser Forderungen bewiesen werden soll, speciell bezeichnet, die Urkunde ad 1. ist im Original überreicht, in Ansehung der übrigen Urkunden aber, von denen sich bereits Abschriften bei den Concursacten befinden, um deren Herbeiziehung gebeten. Hieraus ergiebt sich, daß der Kläger von der articulirten Fassung nicht völlig abgewichen ist, und daß bei der Einfachheit der obwaltenden Verhältnisse die betreffende Schrift den Zweck einer vollständig articulirten Fassung wenigstens insoweit erreicht, als sowohl der Gegner wie der Richter aus derselben erkennen kann, welche Ansprüche und durch welche Beweismittel der Kläger dieselben darthun will. Daß hiermit noch nicht ausgesprochen werde, ob das factische Anführen des Klägers ein schlüssiges und die inducirten Beweisurkunden zu dessen Verificirung geeignet seien, ist bereits von der vorigen Instanz mit Recht bemerkt worden, es enthält also insoweit die jetzige Entscheidung kein Präjudiz gegen den Beklagten."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Tannert's gegen Eilenberger's curat. litis, vom Monat September 1856.) L.

152.

Zur Erläuterung des Gesetzes vom 23. Juli 1846 §. 1. sub 9.

„Anlangend die Berufung des Klägers (nunmehr seiner legitimirten und in den Rechtsstreit eingetretenen Erben) so ist zuvörderst von der vorigen Instanz mit Recht angenommen worden, daß die Klage an sich schlüssig und derselben auch die Vorschriften des Gesetzes vom 23. Juli 1846 §. 1. sub 9. nicht mit Erfolg entgegenzustellen seien. Nach §. 6. nämlich des Mandats vom 12. November 1828 ist das außerehelich erzeugte Kind diejenige Person, welcher der gesetzliche Anspruch auf Alimente zusteht, und der außereheliche Vater ist nach der nämlichen Stelle derjenige, welcher zunächst und vor allen übrigen nur subsidiär Verpflichteten zur Alimentirung verbunden ist; erst wenn dieser todt oder völlig unvermögend, tritt die gesetzliche Verpflichtung der Mutter ein. Hieraus folgt aber, daß, wenigstens so lange, als der außereheliche Vater noch am Leben und seine Verpflichtungen zu erfüllen im Stande ist, der Dritte, welcher die Erziehung des außerehelichen Kindes übernommen und bestritten hat, nicht die Geschäfte der Mutter, sondern die des Vaters geführt und daß,

so lange der Stuprator seine gesetzliche Verbindlichkeit noch zu erfüllen vermag, selbst die Mutter, wenn sie das Kind erhält und erzieht, damit die negotia des ersteren gerirt. Ebendeshalb, weil der Anspruch dessen, welcher die Alimentation für den zur Alimentirung Verpflichteten bestritten hat, kein Anspruch auf Alimente, sondern ein mit der actio negotiorum gestorum contraria verfolgbarer Anspruch auf Erstattung des für den dominus negotii gehabten Aufwands ist, können auch, nach der von dem Königlichen Oberappellationsgerichte bereits in mehreren Fällen ausgesprochenen Ansicht, die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Juli 1846 über die kurze Verjährungsfrist bei rückständigen Alimenten, auf diesen Fall nicht angewendet werden. Der Umstand, daß Kläger nach der Geburt des außerehelichen Kindes dessen Mutter geehelicht hat, kann an und für sich allein nicht zu der Voraussetzung führen, daß er sich zu der Erziehung dieses Kindes unentgeltlich habe verpflichten wollen, und daß er nunmehr zu dessen Unterhaltung seine eigenen Geschäfte besorgt habe. Ebensowenig ist ohne Hinzutritt besonderer Umstände anzunehmen, daß Kläger in der irrigen Meinung gestanden habe, er führe die negotia der Mutter, obschon selbst ein Irrthum dieser Art die actio negotiorum gestorum gegen den wahren dominus negotii nicht ausschließen würde.

vergl. l. 5. §. 1. l. 6. §. 7. 8. l. 45. §. 2. D. de negot. gest. 3., 5.

In Bezug auf die von Beklagtem behauptete Nothwendigkeit einer speciellen Rechnungsablegung genügt es, auf die angezogene Entscheidung des Oberappellationsgerichts und die Gründe der vorigen Instanz zu verweisen. Auch scheint Beklagter gegenwärtig die Richtigkeit aller dieser Sätze nicht weiter bestreiten zu wollen, so wie er denn auch bemerkter Maßen ein auf unbedingte Abweisung der Klage gerichtetes Rechtsmittel nicht ergriffen hat."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Brendel's Erben gegen Taschenberger, vom Monat September 1856.) L.

153.

Inwieweit kann die exceptio litis ingressum impediens auf Privaturkunden gestützt werden?

„Es kommt also nur darauf an, ob die von Beklagtem vorgeschützte Ausflucht, daß er sich mit der Mutter des Kindes verglichen und in dessen Folge der hiervon unterrichtete Kläger nicht, wenigstens nicht ohne Weiteres, als negotiorum gestor des Beklagten anzusehen sei, für schlüssig und mit Rücksicht auf die Bl. — producirte Privaturkunde, als eine exceptio litis ingressum impediens betrachtet werden müsse.

Ist sie das letztere nicht, so braucht die Schlüssigkeit des factischen Anführens nicht weiter geprüft zu werden, da solchenfalls nur der angetragene und stillschweigend angenommene Eid über den geleugneten Klaggrund entscheiden kann.

Nach der Meinung des Königlichen Oberappellationsgerichts kann aber eine Ausflucht, zu deren Beweise sich der Beklagte auf Privaturkunden bezieht, nur dann als eine s. g. proceßhindernde betrachtet werden, wenn der Kläger diese Urkunde bereits im rechtlichen Verfahren freiwillig und ausdrücklich anerkannt hat.

Nach der Vorschrift der A. Pr.-Odg. Tit. XI. §. 7. sind als exceptiones litis ingressum impedientes solche anzusehen, welche, ohne fernere Ausführung, alsbald, in continenti aus producirten Originalacten, Urkunden oder des Gegentheils eigenem Bekenntnisse dargebracht werden können, und in der Erl. Proc.-Odg. ad Tit. XI. §. 1. werden als proceßhindernde, die Verbindlichkeit zur Einlassung und Antwort beseitigende Ausflüchte ebenfalls nur solche zugelassen, welche „in continenti liquidae" seien. Nun liegt es aber schon in der Natur der Sache, daß von einer Ausflucht, deren vollständiger Nachweis erst noch von einer processualischen Handlung der Gegenpartei abhängt, nicht gesagt werden kann, daß sie ohne weitere Ausführung, alsbald, in continenti, also auf der Stelle liquid sei; denn sie wird es erst, wenn der Gegentheil sich über das Anerkenntniß der inducirten Urkunde erklärt und dieselbe auch anerkannt und nicht diffitirt hat, und zu dieser Erklärung bedürfte es wenigstens noch der Anberaumung eines Termins, der Vorladung der Parteien oder Production des Originals, mithin noch einer Mehrzahl einzelner Proceßhandlungen zum Zwecke der Ausführung und des Beweises der excipirten Thatsachen, von denen, bei der Möglichkeit der Diffession einer Privaturkunde, demnach auch nicht gesagt werden kann, daß sie in continenti liquid seien. Auch spricht der Umstand, daß in der angezogenen Stelle der A. Pr. Odg. die Urkunden in Bezug auf Gewährung sofortiger Liquidität mit den Originalacten und dem gerichtlichen Geständnisse auf gleiche Linie gestellt werden, dafür, daß unter Urkunden nur der Recognition nicht bedürfende und der Diffession nicht unterliegende öffentliche Documente oder freiwillig anerkannte Privatschriften zu verstehen seien.

Damit stimmt auch überein, was andere sächsische Gesetze über den Begriff der sofortigen Liquidität sagen.

So werden in der Landesordnung vom 1. October 1555 als klare schriftliche Bewilligungen solche bezeichnet „wo öffentliche, unläugbare und unverfälschte Brief und Siegel, die keine unehrliche Zusage enthalten, vorliegen;" ferner ist im Torgauer Ausschreiben vom 8. Mai 1583 in Bezug auf die, gegen dergleichen klare Brief und Siegel vorgewendete exceptio usurariae pravitatis angeordnet, „daß solche zu attendiren, wenn sie in continenti auf frischem Fuße genugsam bescheinet und dargethan werden kann, so, daß es ferner Zeugniß und Ausführung nicht bedürfe." In der Erledigung der Landesgebrechen vom 23. April 1612 Titel Justiz-S. §. 19. werden nur solche exceptiones als in continenti liquid genannt, welche „durch unleugbare Urkunden und sonsten ex actis und confessione partis

erweislich sein oder sich ex ipsius instrumenti inspectione sofort verificiren." Hieran schließen sich endlich auch

§. 13. der Erledigung der Landesgebrechen vom 22. Juni 1661 tit. Justiz-S. und dec. 2. elect. 1661.

an, welche für das „in continenti Liquidsein" ebenmäßig unleugbare oder unbestreitbare Urkunden erfordern, und von denen die dec. 2. noch bestimmt, daß durch bloße Production der Originalien im Termine die vorgeschützte Exception zu bestärken sei.

Beziehen sich auch diese Stellen nicht direct auf die im ordentlichen Processe vorgeschützten in der Erl. Proceßordnung ad Tit. XI. §. 1. erwähnten proceßhindernden Einreden, so stehen sie doch mit der letzteren Stelle und der A. Pr.-Ordg. Tit. XI. §. 7. im Zusammenhange, und tragen zum Verständnisse der auch in diesen letzteren Gesetzen gebrauchten Terminologie wesentlich bei.

Die ziemlich unklare Stelle der A. Pr.-Ordg. Tit. XXIV. §. 3., welche zunächst die Vorschrift enthält, daß im ordentlichen Processe auf eine, mit der Klage eingebrachte Urkunde nicht eher, als wenn sie im Stadio des Beweises anderweit producirt worden sei, eingegangen werden solle, — erwähnt zwar beiläufig als einen Ausnahmefall auch den, „wenn mit dergleichen Originalien eine exceptio litis ingressum impediens bescheinet worden"; allein es ist gerade in dem betreffenden Satze der angezogenen §. nur von einer Recognition, welche im Executivprocesse dem Beklagten sofort auferlegt werden könne und von Urkunden die Rede, welche nach der Landesordnung paratam executionem mit sich bringen; als solche aber werden in der Landesordnung nur öffentliche, unleugbare Documente betrachtet. Dazu kommt, daß, wenn man im Ordinarprocesse auf Recognition der im ersten Verfahren vom Beklagten zum Beweise seiner Ausflüchte beigebrachten Privaturkunden erkennen und somit den Kläger nöthigen wollte, sich über deren Recognition oder Diffession außerhalb des Beweisstadii zu erklären, hierdurch dem Kläger gegenüber eine Rechtsungleichheit hervorgebracht werden würde, insofern Letzterer nämlich, auch wenn er mit Urkunden versehen ist, deren Anerkenntniß doch im ordentlichen Processe nicht eher, als im Beweisverfahren vom Beklagten sub praejudicio verlangen darf. Der Einwand von

Gottschalk, Disc. For. T. I. S. 416.

daß, wenn ein mit Urkunden versehener Kläger aus diesen den Executivproceß anstellen dürfe, ähnlicher und billiger Weise auch dem Beklagten, der seine Ausflüchte mit Privaturkunden beweisen könne, die Befugniß zugestanden werden müsse, diese Urkunden schon im ersten Verfahren vorzutragen, und deren Recognition zu fordern, hat das Bedenken gegen sich, daß auf diese Weise eine unpassende Vermischung des Executiv- mit dem Ordinarprocesse herbeigeführt werden würde und daß dem Kläger, auch wenn er Urkunden zum Beweise seines Anspruches besitzt, dennoch die Anstellung des ordentlichen Processes ganz unbedingt gestattet ist und der Beklagte hierdurch um

so weniger gefährdet erscheinen kann, als er in dieser Proceßgattung ein in Bezug auf die Wahl der Beweismittel unbeschränktes Vertheidigungsrecht genießt, auch der Vortheil, den ihm der Besitz einer Privaturkunde zu Verificirung seiner Ausflüchte darbietet, im Beweisstadium noch immer mit Effect benutzen kann. Nicht unberücksichtigt darf man dabei lassen, daß der Regel nach im ordentlichen Processe auf Beweis der bestrittenen Ausflüchte zu erkennen und dem Kläger die Führung eines Gegenbeweises nicht abzuschneiden, eine Ausnahme von dieser Regel aber nicht extensiv zu interpretiren und nur bei völlig liquiden Behauptungen gerechtfertigt ist. Und daß endlich eine Entscheidung auf Anberaumung eines Recognitionstermins dem Sinne der Erl. Pr.-Ordg. ad Tit. XI. §. 1. nicht entsprechen würde, geht auch daraus noch hervor, daß dieselbe die in continenti liquiden Exceptionen denen entgegenstellt, wobei noch auf Beweis- oder Eidesdelation interloquirt werden müßte. Etwas anderes, als eine interlocutorische Entscheidung wäre aber das Erkenntniß auf Anberaumung eines Termins, worin sich der Kläger über Recognition oder Diffession der eingebrachten Privaturkunden erklären soll, nicht. Wollte man zum Beweise einer exceptio litis ingressum impediens eine Privaturkunde zulassen, so müßte man dies auch bei einer Replik des Klägers thun, woraus sich leicht erkennen läßt, mit welchen bedenklichen und mit der Natur des Ordinarprocesses unverträglichen Consequenzen die von der vorigen Instanz angenommene allerdings von mehreren Schriftstellern, z. B.

Carpzov, Proc. Jur. in For. Sax. T. XIV. art. I. no. 55.
Gottschalk, l. c.

vertheidigte Ansicht führen könnte.

Die in der

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. 1. 27. pag. 523.
Gottschalk, l. c. S. 424.

angeführten Erkenntnisse des vormaligen Landesappellationsgerichts betreffen nur solche Fälle, wo sich die Kläger zur Diffession erboten, und resp. die Beklagten eine recognitio per testes zu führen verlangt hatten, welche man jedoch für unzulässig erachtete.

Die Bestimmung des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 §. 91., zufolge deren im Executionsprocesse außer öffentlichen, des Anerkenntnisses nicht bedürfenden Urkunden, der Beklagte zum Beweise seiner Ausflüchte auch Privaturkunden benutzen kann, läßt sich auf die proceßhindernden Einreden im Ordinarprocesse nicht anwenden; denn sie ist nur auf eine besondere, in mancher Beziehung anomale Gattung des Urkundenprocesses berechnet. Bei der schleunigen Rechtshülfe, welche hierbei dem mit öffentlichen Urkunden versehenen Kläger zu Theil werden soll, und dem ohnedies beschränkten Gehör des Beklagten konnte man es gerechtfertigt finden, dem Letzteren nicht blos den Gebrauch von ebenfalls öffentlichen Urkunden, sondern auch von Privaturkunden

nachzulassen; aber im ordentlichen Civilprocesse, wo der Beklagte in dem ihm nicht zu versagenden Beweise schlüssiger und rechtzeitiger Exceptionen die vollständigste Gelegenheit hat, die ihm zu Gebote stehenden Privaturkunden zu benutzen, bedurfte es einer solchen Sicherstellung desselben gegen unbegründete Ansprüche nicht, und es ist demselben schon dadurch vollständig Rechnung getragen, wenn eine durch öffentliche Urkunden oder Geständnisse des Gegners liquid gewordene Ausflucht den Effect hat, daß in Mangel einer ebenso liquiden oder einer der Klage inserirten Replik, der Letztere abgewiesen werden muß."

(Urthel des O.-A.-G. in derselben Sache.) L.

154.

Kann der Miteigenthümer eines fundus, welcher ohne Zustimmung der übrigen Miteigenthümer eine Servitut bestellt hat, die Ausübung der Servitut verbieten, wenn er später das alleinige Eigenthum an dem fundus erwirbt?*)

„Bei Beurtheilung dieser Frage ist durchgehends den Bl. — entwickelten ausführlichen Gründen beizupflichten gewesen. Und es ist daher nur noch in Bezug auf die vom Kläger entgegengestellten Bemerkungen Folgendes hinzuzufügen:

Was zunächst den Ausspruch des Celsus in

l. 11. Dig. de servitutibus praedior. rust. (VIII. 3.):

„per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi, agendi, potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant: et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse:"

anlangt, so liegt, wie eine Vergleichung des Nachsatzes mit dem Vordersatze überhaupt die in dem ersteren hervorgehobene Antithese ergiebt, der Schwerpunct jenes rechtlichen Ausspruchs darin: daß, obgleich keiner von mehreren Miteigenthümern eines Grundstücks für sich allein einem Dritten eine Servitut daran einräumen kann und dieser das Recht erst, wenn sämmtliche Miteigenthümer ihre Einwilligung dazu gegeben haben, erwirbt, doch derjenige Miteigenthümer, welcher seinerseits die Servitut bestellt, auch bevor noch die Zustimmung der übrigen Miteigenthümer erfolgt, die Ausübung des dem Dritten eingeräumten Rechtes nicht verbieten kann.

Es hat mithin hier überhaupt nur für den Fall, daß die Zustimmung zur Servitutbestellung von den übrigen Miteigenthümern noch nicht erfolgt ist, dem Miteigenthümer, welcher seine Einwilligung dazu erklärt gehabt, eine Verpflichtung auferlegt werden sollen; es ist aber nicht für den Fall, daß die Zustimmung einzelner Miteigenthümer nachgehends nicht erfolgt, mindestens aber nicht für den Fall,

*) Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1857. S. 113 flg.

daß der die Servitut bestellende Eigenthümer nachgehends alleiniger Eigenthümer wird, entschieden, daß er alsdann die Ausübung des dem Dritten eingeräumten Rechtes wiederum verbieten könne.

Zwar wird nun vom Kläger eingehalten, daß bei Interpretation dieser Stelle immer die allgemeine Disposition in

l. 18. Dig. communia praedior.

im Auge zu behalten sei, dergestalt, daß, wie

Hoffmann, in der Lehre von den Servituten ꝛc. §. 24. p. 69.

daraus ableitet, sowohl dann, wenn hinsichtlich der Miteigenthümer, welche anfangs noch nicht an der Bestellung der Servitut Theil genommen hatten, eine Veränderung vor sich gegangen, die Servitutbestellung ungültig sei, weil die Bedingung, unter welcher die Bestellung der früheren Servitutbesteller im Schweben erhalten werde, weggefallen sei, als auch dann, wenn in Hinsicht der früheren Besteller eine Veränderung stattgefunden, die Servitutbestellung ungültig sei, weil das Schweben an sich unmöglich geworden sei.

Allein eine Vergleichung dieser beiden Gesetzesstellen ergiebt, daß der Ausspruch des Paulus in der **L. 18. Dig. communia praedior.** den allgemeinen Grundsatz über die Erfordernisse zu Bestellung einer Servitut an einem, mehreren Personen gemeinschaftlich gehörigen, Grundstücke enthält, während der Ausspruch des Celsus, nachdem er im Vordersatze ebenfalls auf diese allgemeinen Requisite Bezug genommen, ganz speciell noch die besondere Bestimmung hinzufügt, daß, obgleich nach den allgemeinen Bestimmungen eine nur von Seiten einiger Miteigenthümer eines Prädiums bestellte Servitut vor der Einwilligung der übrigen Miteigenthümer nicht erworben werden könne, doch diejenigen, welche die Servitut bereits eingeräumt haben, die Ausübung derselben nicht untersagen dürfen.

Die vor dem allgemeinen Gesetze den Vorzug verdienende specielle Bestimmung der **L. 11.** Dig. de serv. praed. rust. beruht aber, wie der Schlußsatz hervorhebt, auf der aequitas, welche gegen diejenigen, die die Servitut bereits eingeräumt haben, die exceptio pacti gestattet.

Ist aber dies die ratio legis, so ist schlechterdings kein Grund abzusehen, weshalb nicht derjenige Miteigenthümer, welcher seinerseits die Servitut auf dem ihm antheilig zugehörigen Grundstücke einer dritten Person eingeräumt hat, weniger an seine Zusage gebunden sein soll, wenn die übrigen Miteigenthümer auf ihn allein das volle Eigenthum an dem Grundstücke übertragen, als wenn sie dies nicht thun, sondern sich eine ebenmäßige Disposition am Grundstücke erhalten; denn so lange sie Miteigenthümer sind, ist Derjenige, welcher die Servitut bereits eingeräumt, dergestalt an seine Zusage gebunden, daß er die Ausübung der Servitut nicht untersagen darf.

Es ist daher, zumal schon nach Römischem Rechte die nuda pactio mindestens eine Einrede verschaffte,

l. 7. §. 4. D. de pactis.

und überhaupt nach jetzigem Rechte jeder einfache Vertrag die volle Wirkung eines feierlichen Vertrages der Römer hat,

cap. I. X. de pact. (I. 35.)

ganz dem Geiste des Gesetzes entsprechend, wenn

Donellus in Commentar. de jure civili ed. VI. Norimb. 1823. Lib. X. cap. IX. §. 20.

geltend macht, daß der Einwand eines Miteigenthümers, daß die anderen Miteigenthümer noch nicht eingewilligt hätten, oder, was noch viel weniger Gewicht hat, daß die anderen Miteigenthümer, indem sie auf ihn das alleinige Eigenthum übertragen, nicht mehr in der Lage seien, einzuwilligen, sich durch die replicatio pacti et doli mali, nämlich durch die Entgegnung beseitige, daß, wer von den Miteigenthümern die Servitut bestellt, an seine Zusage gebunden sei, mögen die anderen Miteigenthümer eingewilligt haben oder nicht."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen Unger gegen Roitzsch, vom Monat September 1856.) L.

155.

In wie weit kann nach Auflösung der Societät der eine socius von dem andern Specification oder Rechnungsablegung fordern?

„Wird eine Societät aufgehoben, so ist hinsichtlich der Vertheilung des Gesellschaftsvermögens zu unterscheiden, ob in dem Societätsvertrage Bestimmungen getroffen oder nicht getroffen sind, wodurch im Voraus das bei Aufhebung der Communion zu beobachtende Verfahren einer besonderen Modification unterworfen worden ist. Ersteren Falles ist jeder der gewesenen Gesellschafter berechtigt, zu verlangen, daß diesen Bestimmungen nachgegangen werde, und da die Berechtigung, dies zu verlangen, im Societätsvertrage gegeben ist, actio pro socio anzustellen. Entgegengesetzten Falles, und wenn solcher Art Bestimmungen nicht vereinbart worden sind, ist der Rechtsweg von demjenigen der gewesenen Gesellschaftsgenossen, welcher auf Theilung provocirt, mit dem communi dividundo judicio zu betreten, (M. vergl. Just. Henning Böhmer de actionibus, p. 635. §. CXX. ed. de ao. 1765.) d. h. es kann der provocirende Theil kein anderes, bei Vertheilung des Gesellschaftsvermögens zu beobachtendes Verfahren beantragen, als das gesetzlich für jeden Fall vorgeschriebene, wo die communio eines Vermögensobjectes, das in keiner universitas juris besteht, aufgehoben werden soll, gleichviel ob die aufzuhebende communio auf Vertrag beruht, oder s. g. communio incidens ist. Zwar kann ein oder der andere Theil zur Specification des gesammten oder eines Theiles des Gesellschaftsvermögens, ingleichen zu Rechnungsablegung gehalten sein, wenn Objecte desselben nicht in gemeinschaftlichem Besitze bei Aufhebung der Societät sich befinden, die Administra-

tion des Vermögens keine gemeinschaftliche, sondern unter die einzelnen Gesellschafter vertheilt, und von dem, was dem einen der Interessenten zu administriren überlassen war, der übrigen Concurrenz bei der Verwaltung ausgeschlossen gewesen ist, überhaupt, wenn besondere und, da sie nicht nothwendige aber doch natürliche Folge jeder aufgehobenen Communion sind, als zufällig anzusehende Umstände vorhanden sind, welche einen oder den anderen der gewesenen Gesellschafter zu Manifestationen, resp. mittels Specification und Rechnungsablegung verpflichten; allein (m. vergl. l. 3. pr. l. 4. §. 3. l. 6., §. 4. 5. und l. 11. D. communi dividundo — 10., 3. —), blos dadurch, daß Parteien gemeinschaftlich ein Geschäft betrieben und dann es aufgelöst haben, kann in keinem Falle, und also auch nicht im vorliegenden, Klägers gegen den Beklagten in Bl. — beschehener Maße auf Rechnungsablegung gerichtetes Suchen begründet sein. Jedoch anders, wie auch Beklagter selbst nicht verkannt hat, gestaltet sich der Parteien Verhältniß, dafern laut des Societätsvertrages Beklagter der geschäftsführende Theilhaber, hingegen Klägers Concurrenz bei der Verwaltung bloß auf den technischen Theil des Geschäftsbetriebes beschränkt gewesen ist. Solchenfalls ist Beklagter zu Klägers Antheile an der re communi dessen Geschäftsverwalter und Rechnungsführer gewesen und allerdings Kläger aus dem Societätscontracte berechtigt zu verlangen, daß der Beklagte Rechnung ablege, insoweit es nicht vom Kläger eingestandener Maßen bereits geschehen ist; welchergestalt denn, unter der Voraussetzung, es werde Beklagter den angetragenen, von ihm nicht zurückgegebenen Eid leisten, sowie geschehen, zu erkennen gewesen ist."

(Urthel des O.-A.-G. in Sachen Glück gegen Vibrans, vom Monat September 1856.) L.

156.

Erklärung der §§. 111. und 186. der allgemeinen Städteordnung.

„Die Bedenken, welche der Beklagte wiederholt gegen die Schlüssigkeit der vorliegenden Klage erhoben hat, würde man auch in gegenwärtiger Instanz nicht für erheblich ansehen können.

Nach §. 179. 180. der allgemeinen Städteordnung hat der Stadtrath, als Verwalter der städtischen Gemeindeangelegenheiten, Verträge und Geschäfte aller Art Namens der Stadtgemeinde abzuschließen und in Vollziehung zu setzen. Unter die in §§. 111. und 186. speciell aufgeführten Fälle, in denen er dabei an die Zustimmung der Stadtverordneten oder des größeren Bürgerausschusses gebunden ist, gehört offenbar der Ankauf des erforderlichen Feuergeräthes, für welches der Stadtrath in seiner Eigenschaft als Gemeindeobrigkeit und Verwalter des Gemeindewesens befugt und verpflichtet ist, zu sorgen, nicht, denn von der etwaigen Aufnahme eines zinsbaren,

die Schuldenlast der Gemeinde vermehrenden Kapitales zu Bestreitung des bedungenen Kaufgeldes ist gegenwärtig und in Bezug auf die Rechtsgültigkeit des mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrages gar nicht die Rede, bei welchem nur die Beschaffenheit und der Zweck dieses letzteren, aber nicht die Frage in Betracht gelangt, auf welche Weise der Beklagte die zur Erfüllung seiner contractlichen Verpflichtungen erforderlichen Mittel beschaffen werde.

Ferner enthält die Städteordnung keine Bestimmung, daß Verträge, welche nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen an eine besondere und insbesondere an die schriftliche Form zum Behufe ihrer rechtsverbindlichen Kraft nicht gebunden sind, einer solchen Form unterworfen werden müssen, wenn sie im Namen einer Stadtgemeinde eingegangen und für die letztere Verbindlichkeiten dadurch begründet werden sollen. Denn im §. 164. ist nur die Form bestimmt, in welcher die Stadtverordneten Urkunden ausstellen sollen, in welchen für die Stadtgemeinden Verbindlichkeiten übernommen und Rechten entsagt werden soll, und der Ausstellung einer solchen Urkunde, welche immer nicht als Bedingung für die Rechtsgültigkeit des Vertrags, sondern (vergl. auch §. 188. ib.) nur als Beweismittel zu betrachten wäre, bedarf es nach §. 186. jct. 188. und der Natur der Sache nach wenigstens dann nicht, wenn ein Vertrag vorliegt, der schon durch die Uebereinstimmung des beiderseitigen Willens vollendet wird und bei dessen Abschluß der Stadtrath selbstständig und ohne alle Concurrenz der Stadtverordneten und des Bürgerausschusses handeln darf. Eine hierüber von den contrahirenden Mitgliedern des Stadtrathes vollzogene Niederschrift ist, selbst als Beweismittel, an keine äußere Form gebunden und die Frage, ob solche als eine öffentliche oder Privaturkunde zu betrachten, erledigt sich dann von selbst, wenn die bezügliche Schrift anerkannt und die in derselben bekundeten Thatumstände nicht bestritten sind. Wenn man gleichwohl bei der Legitimation im Processe eine nach §. 164. von den Stadtverordneten mitvollzogene Urkunde fordert, so liegt dies eines Theiles darin, daß nach §. 185. die Eingehung eines Processes, mit Ausnahme gewisser Fälle, unter die Handlungen gehört, welche die Zustimmung der Stadtverordneten erheischen, anderntheils aber der erkennende Richter und der Gegner ein Interesse (vergl. §. 188.) daran haben, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob dem angegebenen Erfordernisse Genüge geleistet worden sei. Ist übrigens in §. 211. der Bürgermeister, als Vorsitzender, mit der Leitung und Aufsicht des ganzen Geschäftsganges bei der städtischen Verwaltung betraut, so unterliegt es keinem besonderen Zweifel, daß er einen Vertrag jetzt vorliegender Art auch allein mit dem dritten Mitcontrahenten nomine der Gemeinde abschließen darf, und man würde den Geschäftsgang ungemein behindern und erschweren, wollte man in solchen Fällen eine Concurrenz aller Mitglieder des Stadtrathes oder einen besonderen Nachweis der Zustimmung der Letzteren verlangen, obschon der Bürgermeister,

wenn er dieselbe nicht eingeholt haben sollte, den übrigen Mitgliedern und beziehendlich der Gemeinde für seine Handlungen verantwortlich ist. Im vorliegenden Falle aber war die Anschaffung fraglicher Spritze geständlich von den Communvertretern beschlossen und verwilligt, so daß es nur noch der Ausführung des Beschlusses bedurfte."

(Urthel des O.=A.=G. in Sachen der Stadtgemeinde W. gegen Jacob, vom Monat September 1856.) L.

157.

Zu §§. 13. und 8. des Heimathgesetzes vom 26. November 1834.

„Wenn auch die von der Recurrentin festgehaltene Ansicht, daß die geschiedene O., da sie in St. während ihrer Ehe mit einem Wohnhause und unter Gewinnung des Bürgerrechts sich ansässig gemacht habe und 5 Jahre lang ansässig geblieben sei, ein selbstständiges, mit Auflösung der Ehe in Wirksamkeit tretendes Heimathrecht erlangt habe, auf einer Auslegung der §§. 8. und 13. des Heimathgesetzes vom 26. November 1834 beruht, der eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden mag, und die selbst in Schriften verfochten worden ist (vergl. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. III. Seite 167.), so steht derselben doch der klare Wortlaut des §. 13 ganz entschieden entgegen, indem es daselbst ausdrücklich heißt:

„Durch Trennung ꝛc. eines Eheverbandes ꝛc. erlischt die §. 11. gedachte Wirkung der Ehe und es tritt daher mit der Trennung der letztern diejenige Heimath der geschiedenen Ehefrau wieder ein, welche sie vor Eingehung der getrennten Ehe hatte."

Diese Bestimmung ist an sich völlg zweifellos und stimmt auch mit §. 11. des Heimathgesetzes insofern überein, als dieser letztern Disposition zufolge von einer Ehefrau während der Ehe ein, von dem des Ehemannes verschiedenes selbstständiges Heimathrecht überhaupt nicht erworben werden kann, vielmehr davon auszugehen ist, daß bei Ehefrauen auf die Dauer des Ehebundes die Befähigung zur Erwerbung eines solchen Heimathrechtes ruhe. Hat nun aber ein eignes Heimathrecht von der Ehefrau während der Ehe gar nicht erlangt werden können, so ist eine nothwendige und selbstverständliche Folge davon, daß nach der Trennung der Ehe von dem Wiederaufleben oder Wiedereintritte einer, während der Ehe erlangten Heimathangehörigkeit bei geschiedenen Ehefrauen nicht die Rede sein, sondern daß eben nur dasjenige Heimathrecht wieder aufleben kann, welches die Geschiedene vor Eingehung der Ehe besaß und das während der Ehe nur geruht hat."

(Administrativjustizentscheidung des Königl. Ministeriums des Innern vom 10. October 1856.) E

158.

Zu Nr. 1. des Gesetzes, die Erläuterung einiger Bestimmungen des Heimathgesetzes betr., vom 12. October 1840.

„Nach Ausweis der Acten steht es unbestritten fest, daß S., welcher von Geburt in Dorfstadt heimathangehörig war, am 14. März 1843 zum Betriebe des Dorfkrames in Rempesgrün mit Concession versehen worden ist. Daß auf diese Thatsache an sich die Vorschrift in Nr. 1. des Erläuterungsgesetzes vom 12. October 1840 Anwendung zu leiden habe, ist ebensowenig zweifelhaft. Die vorliegende Differenz beruht vielmehr in der verschiedenen Beantwortung der Frage, ob die nurgedachte Gesetzesbestimmung, neben der in Gemäßheit des Gesetzes vom 9. October 1840 erfolgten Niederlassung als Dorfkramer oder Dorfhandwerker und dem Ablaufe eines fünfjährigen Zeitraumes auch die ebenso lange bestandene Ausübung des Gewerbes erfordere, sowie, bejahenden Falles, ob S. 5 Jahre lang den Dorfkram in R. betrieben habe.

Die Entscheidungen beider voriger Instanzen gehen davon aus, daß in der angezogenen Nr. 1. des Gesetzes vom 12. October 1840 der fünfjährige Gewerbsbetrieb vorausgesetzt werde. Dieser Ansicht beizutreten, hat Man jedoch in gegenwärtiger Instanz Bedenken getragen, und ist hierzu ebensosehr durch die Fassung der gedachten Vorschrift, als durch die Rücksicht auf die praktischen Schwierigkeiten, zu welchen die von der Kreisdirection befolgte Auslegung führt, bewogen worden.

In letzterer Beziehung will man nur daran erinnern, daß die Grenze zwischen einem äußerst schwachen Gewerbsbetriebe und dem gänzlichen Aufhören desselben häufig ziemlich schwer zu erkennen ist, und ihre Ermittelung, zumal nach Ablauf einer längern Zeit, zu unlösbaren Zweifeln Anlaß geben würde. Es kommt aber auch hinzu, daß durch den unterlassenen Betrieb eines Gewerbes das Recht dazu nicht erlischt, letzteres mithin auch stets von Neuem wieder in Ausübung gebracht werden kann, so daß bei Entscheidung über die Heimath eines derartigen Gewerbtreibenden leicht mehrere Betriebsperioden zu ermitteln sein würden.

Diesen und ähnlichen practischen Bedenken gegenüber würde man nur bei einer zweifellosen Vorschrift des Gesetzes der von der Kreisdirection in gegenwärtiger Streitsache angenommenen Ansicht folgen mögen. Eine solche Vorschrift geben aber weder der Wortlaut des Gesetzes, noch die bei dessen Erlaß maaßgebend gewesenen Motiven an die Hand.

Die angezogene Bestimmung schließt sich an den letzten (3.) Absatz von §. 8. des Heimathgesetzes vom 26. November 1834 an und will die hier enthaltene Vorschrift mehr oder weniger auf eine Reihe ähnlicher Fälle angewendet wissen.

Wie jedoch in dieser Hinsicht zunächst nicht übersehen werden

darf, daß das Gesetz vom 12. October 1840 sub No. 1. nicht auf den ganzen Inhalt des 3. Absatzes Bezug nimmt, sondern ausdrücklich nur sagt:

> „die Bestimmung, daß diejenigen, welche an einem Orte das Bürgerrecht gewonnen haben, nach Ablauf eines fünfjährigen Zeitraumes heimathangehörig werden, ist auch auf die Orte ꝛc. und Einwohner anzuwenden, welche ꝛc. sich als Dorfhandwerker oder Dorfkramer niedergelassen haben,"

und also nächst der Niederlassung nur den Ablauf einer gewissen Zeit fordern zu wollen scheint, — so kann auch, wenn man selbst §. 8. Absatz 3. des Heimathgesetzes vom 26. November 1834 vollständig in analoge Anwendung bringen will, hieraus zunächst nur soviel mit Nothwendigkeit gefolgert werden, daß, wie hier das Bürgerrecht, so in den Fällen des Gesetzes vom 12. October 1840 Nr. 1. die, auf der Erlaubniß der Obrigkeit und beziehentlich der Regierungsbehörde beruhende, persönliche Gewerbsberechtigung fünf Jahre gedauert und dieselbe, neben dem fortdauernden Wohnsitze am Orte während dieses Zeitraumes in rechtlicher Wirksamkeit geblieben sein müsse, d. h. weder ausdrücklich zurückgenommen noch förmlich wieder aufgegeben worden sein dürfe.

Die Motive zu dem Entwurfe des letzterwähnten Gesetzes stellen den hier fraglichen Punct gleichfalls als eine Ausnahme von der Regel, daß Wohnsitz für sich allein kein Heimathrecht gewähren solle, dar, und bemerken, daß es, wenn eine Dorfgemeinde die Niederlassung eines Handwerkers im Orte habe geschehen lassen, nur gerecht sei, daß sie sich desselben im Verarmungsfalle annehme, wenn er eine Reihe von Jahren in ihrer Mitte gelebt habe.

Dagegen wird in diesen Motiven auf die Nothwendigkeit eines ebenso langen Gewerbsbetriebes nirgends Bezug genommen,

> Landtagsmittheilungen vom Jahre 1839 u. 1840 II. Kammer pag. 52.

Es hat daher auch das Ministerium des Innern bei anderer Gelegenheit sogar die Frage als nicht zweifellos betrachtet, ob nach erfolgter Niederlassung zum Erwerbe der Heimathangehörigkeit ein fünfjähriges Bestehen der Gewerbsberechtigung für erforderlich zu achten sei.

Im gegebenen Falle ist ein Verzicht des S. auf seine Concession oder eine Entziehung der letztern nirgends behauptet worden, es bedarf daher keines Eingehens auf die zwar bestrittene, aber nach dem Vorbemerkten irrelevante Frage, ob Jener den Kram wirklich 5 Jahre lang betrieben habe, vielmehr war nach dem, was unbestritten thatsächlich vorliegt, die Heimathangehörigkeit des S. für Rempesgrün anzuerkennen."

(Administrativjustizentscheidung des Königl. Ministeriums des Innern vom 10. October 1856.) E.

159.

Ueber die Nothwendigkeit der Intervention der Innungen in gewerblichen Streitsachen ihrer Innungsgenossen.

„Die vorige Instanz hat die Abweisung des Recurrenten S. zu X. mit dem von demselben auf Grund seines Gewerbes als Seifensieder erhobenen Anspruche auf die Berechtigung zum Handel mit dem von ihm selbst gefertigten Insectenpulver aus dem Grunde erkannt, weil von dem, nach §. 7. des Gesetzes vom 30. Januar 1835, das Verfahren in Administrativjustizsachen betreffend, zur Vertretung der Seifensiederinnung zu X. berechtigten Aeltesten der letzern Bl. — ausdrücklich erklärt worden sei, daß die Innung als solche das Recht zum Verkaufe von Insectenpulver nicht beanspruche.

Nun würde zwar dieser Auffassung dann beizupflichten sein, wenn es sich im gegenwärtigen Falle und bei der Bl. — ersichtlichen Erklärung der genannten Innung um die Geltendmachung eines corporativen, der Innung selbst als solcher und in ihrer rechtlichen Gesammtheit zustehenden Rechtes, wie z. B. eines Verbietungsrechtes einer andern Innung oder einem Genossen derselben gegenüber handelte.

Ein solcher Fall liegt jedoch hier nicht vor; vielmehr handelt es sich bei der von dem Recurrenten in Anspruch genommenen Handelsberechtigung lediglich um die Behauptung des, demselben als Seifensiedermeister für die Person zukommenden Arbeitsgebietes gegenüber dem in der fraglichen Beziehung von einer andern innungsmäßigen Corporation, der Handelsinnung zu X., für sich behaupteten Verbietungsrechte.

Wenn nun aber in einem derartigen Falle jeder einzelne Innungsmeister für vollkommen berechtigt anzusehen ist, auf die seiner Profession als solcher, sei es nun Kraft besondern Rechtstitels oder auch nur auf Grund der allgemeinen Gewerbeverfassung und der daraus abzuleitenden gemeinrechtlichen Grundsätze zustehenden Befugnisse auch selbstständig geltend zu machen, dergestalt, daß es diesfalls der ausdrücklichen Intervention der betreffenden Innung nicht bedarf, so hat auch der oben angegebene Entscheidungsgrund der zweiten Instanz in der vorliegenden Streitsache als durchschlagend nicht anerkannt werden können.

Die Erklärung der Innung Bl. — ist vielmehr lediglich als eine, unter den obwaltenden Umständen auf die Sache selbst nicht weiter einflußreiche Ablehnung einer besondern Intervention Seiten der Innung zu Gunsten des Impetraten S. anzusehen, und daher die Entscheidung selbst lediglich von Beantwortung der Frage abhängig zu machen gewesen, ob und in wie weit die Behauptung des Recurrenten, daß die Herstellung des fraglichen Insectenpulvers eine, dem Arbeitsgebiete der Seifensieder angehörende Verrichtung ausmache, als begründet anzusehen sei oder nicht, indem durch die Ausdehnung dieses

Arbeitsgebietes nach bekannten gewerbrechtlichen Grundsätzen zugleich der Umfang des Befugnisses zum Handel mit dem fraglichen Fabrikate (Handwerkskram) bedingt wird. Jene Frage ist nun aber zu verneinen gewesen, da nach den eignen Angaben des Recurrenten S. Bl. — sowie nach dem, mit den letztern in der Hauptsache übereinstimmenden Bl. — zu lesenden Ergebnisse der von dem Bezirksarzte vorgenommenen Untersuchung des S.'schen Insectenpulvers die Herstellung des letztern lediglich durch die mechanische Vermischung verschiedener, als ihre wesentlichen Bestandtheile anzusehender vegetabilischer Stoffe in Pulverform mit pulverisirter Seife erfolgt. Dieselbe beruht daher insbesondere nicht auf einem, mit den Bestandtheilen des Artikels selbst vorher stattfindenden wirklichen Verseifungsprocesse und characterisirt sich daher auch nicht als eine, dem Arbeitsgebiete der Seifensieder anheimfallende und von den letztern deshalb mit Recht in Anspruch zu nehmende gewerbliche Verrichtung, wie denn überdies auch die zugesetzte pulverisirte Seife selbst, nach dem sachverständigen Gutachten Bl. —, als ein wesentliches, dessen specifische Wirkung bedingendes Ingrediens des Pulvers gar nicht anzusehen ist." —

(Administrativjustizentscheidung des Königl. Ministeriums des Innern in Sachen der Handelsinnung zu X. als Impetrantin gegen den Seifensiedermeister S. zu X. als Impetraten vom 5. December 1856.) E.

160.

Zu §. 6. der Verordnung, die Ertheilung von Erfindungsprivilegien (Patenten) betreffend, vom 20. Januar 1853 (G. u. V. Bl. vom Jahre 1853 Seite 8.)

„Die Sache selbst anlangend, so ist zwar sowohl der Kreisdirection als dem Recurrenten darin beizutreten, daß ein jedes Privilegium stricte zu interpretiren sei.

Allein, wenn hiernach dem Inhaber eines Patentes durchaus nicht mehr Recht zu gewähren ist, als aus dem Patente abzuleiten ist, so hat er anderer Seits auch darauf begründeten Anspruch, daß ihm Alles das vollständig gewährt werde, was das Patent zusichert. Als Quelle für die Erkenntniß des Inhalts und Umfanges der durch eine Patenturkunde gewährten Rechte ist nun aber keineswegs blos der, der Natur der Sache nach und aus der nothwendigen Rücksicht auf die Geheimhaltung der Erfindung immer sehr kurze und unvollständige, gewissermaßen nur den Titel und das Rubrum der Erfindung bezeichnende Text der Patenturkunde anzusehen, sondern auch die in jeder Patenturkunde ausdrücklich angezogene und die Details der Erfindung enthaltende Beschreibung sammt den etwa beigefügten Zeichnungen und Modellen.

Was in diesen, als untrennbare Ergänzung der Patenturkunde anzusehenden Documenten als neu und eigenthümlich in Anspruch genommen und in der zu dem Patente erlassenen Zufertigungsverordnung nicht ausdrücklich als nicht patentfähig ausgeschlossen ist, muß so lange als Gegenstand des Patentes betrachtet werden, als nicht nachgewiesen ist, daß die Erfordernisse der Patentfähigkeit überhaupt nicht vorhanden waren, und zwar dergestalt, daß ein scheinbar engerer Umfang des Patentrechts nach dem in der Urkunde zu allgemeiner Bezeichnung des Gegenstandes gewählten Ausdrucke dagegen nicht in Betracht kommt.

Bei allen, in Gemäßheit der Verordnung vom 20. Januar 1853 (Gesetz- und Verordnungsblatt von 1853 Seite 8.) ertheilten Patenten kann hierüber nach den deutlichen Bestimmungen dieser Verordnung kein Zweifel sein. Ist nun auch V.'s Patent bereits früher ertheilt, so ist es doch insofern erlaubt, sich auf die Bestimmungen der angezognen Verordnung selbst an diesem Orte zu beziehen, als jene Verordnung in Bezug auf die Voraussetzungen und Wirkungen der Patente nicht sowohl neue Vorschriften giebt, als vielmehr bereits feststehende Grundsätze, welche der Praxis in Patentsachen schon früher zu Grunde gelegen haben, und im Wesen des Patentrechts begründet sind, nur zum ersten Male in Form einer Verordnung öffentlich ausspricht.

Wenn hiernach, um den Umfang des V.'schen Patentes richtig zu beurtheilen, nicht blos auf die, in der Patenturkunde gebrauchten Worte, sondern auch auf die, derselben zu Grunde liegende Patentbeschreibung Bezug zu nehmen ist, in dieser letztern aber zweier Maschinen zur Zurichtung des Rohres, von welchen die eine aber die gegenwärtig in Frage stehende ist, mit der ausdrücklichen Bemerkung gedacht ist, daß der Erfinder dieselben als neu und eigenthümlich in Anspruch nehme; wenn ferner in dem, vor Ertheilung des Patentes zu den Ministerialacten gebrachten Gutachten die Neuheit und Eigenthümlichkeit dieser Maschine nicht bestritten und somit das Patent bei seiner Ertheilung auf dieselben mit erstreckt worden ist, so fragt es sich zunächst, ob dies zur Folge habe, daß V. auch befugt sei, Jedermann den **Bau** dieser Maschine zu untersagen.

Von dem Impetraten ist zugestanden worden, daß V. jedenfalls das Recht habe, Jedermann den **Gebrauch** dieser Maschine zum Zwecke der Wallosfinerzeugung zu verbieten, nicht aber auch das Recht, den Nachbau zu untersagen, denn sein Patent gehe nur auf die ausschließliche **Anwendung** seiner Methode in allen ihren Theilen. Recurrent (Impetrat) M. hat sich sogar auf §. 6. der Verordnung vom 20. Januar 1853 bezogen, um dies zu beweisen.

Dieser Satz der angezogenen Verordnung, welcher nichts Neues sagt, sondern nur den bestehenden Grundsatz ausspricht, ist jedoch dabei ganz falsch verstanden worden. Denn derselbe sagt vielmehr, daß sich ein Patent auf die **Fertigung** der in dem Patente begriffenen

Gegenstände in jedem Falle erstrecke; auf die Anwendung aber nur bei Maschinen und Methoden; weil nämlich das Patentrecht keine Beschränkung Dritter im Gebrauche fertiger käuflicher Gebrauchsgegenstände anderer Art gewähren soll und kann. Ein Patent auf eine Maschine enthält also allemal das Verbietungsrecht sowohl in Bezug auf die Anwendung als auf die Anfertigung der Maschine, was in der That nicht anders sein kann, wenn ein Patentschutz auf Maschinen überhaupt wirksam sein soll. Ob die Maschine den Haupttheil oder einen Nebenpunkt des Patentes bilde, ist dabei gleichgültig. Genug, wenn sie in den Unterlagen des Patentes als neu und eigenthümlich reclamirt und bei Ertheilung der Urkunde nicht ausgenommen worden ist.

Auf das Anführen, daß K. (Mitimpetrat) der eigentliche Erfinder sei, seine Erfindung dem B. nur für Europa abgetreten habe, und die streitige Maschine nicht für Europa bauen lassen wolle, kann hier irgend etwas nicht ankommen, da feststeht, daß B. der unbestrittene Inhaber des Sächsischen Patentes ist und daß der Nachbau der Maschine in Sachsen stattgefunden hat.

Nach diesem Allen kam es nun allerdings lediglich darauf an, ob die von M. gebaute Maschine dergestalt identisch mit der in B.'s Patentbeschreibung enthaltenen sei, daß ein Eingriff in das Patentrecht B.'s angenommen werden müsse. Das Bl. — protocollirte Gutachten spricht dies zwar aus, unterläßt aber, genauer nachzuweisen, worin die Abweichnungen bestehen, und warum sie unwesentlich seien. Das Ministerium hat deshalb ein anderweites Gutachten einfordern lassen, welches Bl. — der Acten zu lesen ist. Dasselbe läßt nun keinen Zweifel darüber, daß an der von M. gebauten Maschine zwar einzelne, den Gebrauch derselben erleichternde Verbesserungen angebracht sind, daß dieselbe aber gerade in ganz characteristischen, und die Erfindung B.'s von allen andern, zu Erreichung desselben Zweckes möglichen Wegen unterscheidenden Eigenthümlichkeiten mit der B.'schen Maschine identisch ist.

Unter diesen Umständen blieb nur übrig, in der Hauptsache das gegen M. gerichtete Verbot und die Confiscation der Maschine aus dem Entscheide der ersten Instanz wieder herzustellen.

Dagegen konnte das gegen K. bei 20 Thlr. Strafe ausgesprochene Verbot, solche Maschinen zu bestellen, nicht in gleicher Weise aufrecht erhalten werden. Die Verletzung des Patentrechtes liegt unter allen Umständen nur in der wirklichen Anwendung des durch Patent geschützten Gegenstandes, denn nur dadurch kann dem Patentinhaber eine wirkliche Beeinträchtigung widerfahren. Die bloße Bestellung einer Maschine an sich wirkte dem Patentinhaber gegenüber noch gar nicht. Der Besteller mag zwar der intellectuelle Urheber der später durch die Ausführung der Bestellung dem Patentinhaber zugefügten Beeinträchtigung sein; da aber die Verletzung des Patentrechtes kein strafrechtlich zu untersuchendes und zu ahndendes Vergehen, sondern

nur Gegenstand eines civilrechtlichen Anspruches ist, so ist der Letztere überall nur gegen den wirklichen Verletzer des Rechts und auf die Beseitigung des widerrechtlich hergestellten Gegenstandes zu richten und es ist eine Sache für sich, ob daraus dem Verfertiger gegen den Besteller irgend ein Anspruch erwachsen kann.

B. hat daher auch ganz richtig seine Klage nur gegen M. als den Erbauer der Maschine gerichtet, in dessen Besitze zur Zeit der Klaganstellung die Maschine sich noch befand und es kann M. sich nicht damit entschuldigen, daß er die Maschine nicht für sich, sondern für K. baue. In der Thatsache der Erbauung und nur in dieser liegt zur Zeit die Verletzung des B.'schen Patentrechtes, da eine Anwendung der Maschine durch K. weder stattgefunden hat, noch behauptet worden ist."

Zugleich wurde Veranlassung genommen, auszusprechen, daß in Patentsachen, wo Alles auf die Feststellung des Streitgegenstandes ankomme, eine Wiederaufhebung der Beschlagnahme vor eingetretner Rechtskraft der Entscheidung nicht angemessen erscheine.

(Administrativjustizentscheidung des Königl. Ministeriums des Innern vom 5. December 1856.) E.

VIII.

Aphoristische Bemerkungen zum Strafgesetzbuche.

Vom Herrn Oberappellationsrathe **von Reitzenstein.**

Nach dem Erscheinen jedes umfänglichen Gesetzes, insbesondere wenn solches einen ganzen Theil der Rechtswissenschaft umfaßt, wie das Strafgesetzbuch das Criminalrecht, und nachdem solches in das praktische Geschäftsleben übergegangen ist, ergeben sich bei Anwendung desselben verschiedene Ansichten, Bedenken und Schwierigkeiten, an die der Gesetzgeber öfters gar nicht gedacht hat. Mit solchen Schwierigkeiten hatte die Praxis zu kämpfen, nach dem Erscheinen des Criminalgesetzbuches im Jahre 1838, und gleiche Schwierigkeit, wo nicht noch größere, bietet wiederum das Strafgesetzbuch dar. Erst nach und nach werden sich die verschiedenen Ansichten abklären, die verschiedenen Meinungen sich vereinigen und die Schwierigkeiten, wenn nicht Erläuterungen zum Strafgesetzbuche auf gesetzlichem Wege gegeben werden sollten, die allerdings in vielfacher Beziehung sehr wünschenswerth sein möchten, durch einen constant befolgten Gerichtsgebrauch, so weit dieß thunlich, beseitigt werden können. Die Zeit, während welcher das Strafgesetzbuch in praktische Wirksamkeit übergegangen, ist noch zu kurz, als daß bei irgend einer Behörde von einem constant befolgten Gerichtsgebrauche, von einer bei zweifelhafter Auslegung feststehenden Rechtsansicht die Rede sein könnte. Gegenwärtig sind die Rechtsansichten der Bezirksgerichte, wie dieß bei deren großer Anzahl der Fall sein muß und für die Zukunft mindestens zum Theil immer sein wird, sowie des obersten Gerichtshofes des Landes noch schwankend.

Eine freie Aeußerung in Bezug auf einzelne Artikel des Strafgesetzbuches, ein unverhohlenes Hinweisen auf die Mängel

und Vorzüge des neuen Strafgesetzbuches, das Erkennengeben des Wunsches, es möchten einige der neuen Vorschriften einer Abänderung oder doch einer Erläuterung unterworfen werden, scheint daher gegenwärtig noch, wenn auch nur ein Einzelner seine Ansicht ausspricht, an der Zeit zu sein. Der Verfasser beabsichtigt deshalb, in einer Reihe von kleinen Aufsätzen seine persönliche Ansicht über einige Artikel des Strafgesetzbuches niederzulegen, in so weit dieß seine Dienstgeschäfte erlauben werden. Die gegenwärtigen Aufsätze sind in Folge mehrerer in der Praxis vorgekommener einzelner Fälle nach und nach niedergeschrieben worden und haben unter sich durchaus keinen inneren Zusammenhang. Sie machen auch auf einen rein wissenschaftlichen Werth keinen Anspruch, sondern sie sind hauptsächlich nur von dem praktischen Gesichtspuncte aus, für den Practiker geschrieben. Diese Aufsätze sollen ferner keine vollständige Auslegung der in denselben erwähnten Artikel enthalten, sondern es soll nur auf die Schwierigkeiten aufmerksam gemacht werden, die der Praktiker bei Anwendung einzelner Bestimmungen des Strafgesetzbuches zu überwinden hat. Wenn in den zuerst veröffentlichten Aufsätzen unter I., II. und III. nur auf anscheinende Mängel des Strafgesetzbuches hingewiesen worden ist; so hat dieß nicht seinen Grund darin, daß der Verfasser das Strafgesetzbuch, dessen viele Vorzüge er anerkennt, nur tadeln will, sondern lediglich darin, daß Betrug, Unterschlagung und Partirerei solche Verbrechen sind, die in der Praxis häufig vorkommen, und daher zunächst dem Verfasser Veranlassung gegeben haben, seine Bemerkungen zu Artikel 284., 287., 288. und 292. zu machen.

I.

Unterschlagung.

Art. 287. und 288. des Strafgesetzbuches.

Um den Begriff der Unterschlagung, in dem Criminalgesetzbuche Veruntreuung genannt, fester zu begrenzen, hat man dem Artikel 287. des Strafgesetzbuches eine andere Fassung gegeben, eine andere Definition aufgestellt, als im Art. 242. des Criminalgesetzbuches enthalten war. Diese neu gewählte Fassung des Artikels 287. des Strafgesetzbuches hat in der Praxis zu den erheblichsten Bedenken, zu den verschiedenartigsten Ansichten geführt. Der Oberstaatsanwalt Dr. Schwarze hat in der Gerichts-

zeitung im zweiten Hefte Seite 70 seine Ansicht über die Auslegung dieses Artikels auseinandergesetzt und sich hierbei auf ein Erkenntniß des Bezirksgerichts zu Leipzig, sowie im dritten Hefte auf ein bestätigendes Erkenntniß des Oberappellationsgerichts bezogen. Es könnte hieraus die Folgerung gezogen werden, daß das Oberappellationsgericht in diesem erwähnten Falle mehr, als ein bloßes Präjudiz finden werde. Eine derartige Folgerung aus einem einzelnen Präjudize zu ziehen, ist aber bei den gegenwärtigen Verhältnissen nicht in allen Fällen räthlich. Der Criminalsenat des Oberappellationsgerichts besteht nämlich gegenwärtig aus zehn Mitgliedern und die einzelnen Fälle werden nach der Strafgesetzordnung nur von sieben Mitgliedern durch die Majorität der Stimmen entschieden. Es kann daher sehr leicht vorkommen, daß bei zweifelhafter Auslegung des Gesetzes durch die Majorität von vier Stimmen der gerade vorliegende Fall auf diese Art, dagegen wenn später ein ganz gleicher Fall wiederum vorkommt und diejenigen drei Mitglieder, die bei der ersten Berathung nicht betheiligt gewesen sind, nunmehr auf der Richterbank sitzen und diejenigen drei Richter fehlen, die früher die Majorität mit ausgemacht haben, auf die gerade entgegengesetzte Art entschieden wird; dieß kann bei den so vielfachen Zweifeln, zu denen das Strafgesetzbuch Veranlassung giebt, und bei der Neuheit mehrerer darin enthaltenen Vorschriften, worüber die Meinungen sich noch nicht allseitig festgestellt haben, um so mehr stattfinden, als selbst ein oder das andere Mitglied eines Collegiums seine Meinung leicht ändern und zu der Ansicht eines anderen Mitgliedes übergehen kann. Nur wenn die gesammten Mitglieder des Criminalsenats des Oberappellationsgerichts beschlossen haben, einen Rechtssatz aufzustellen, und solchen in Zukunft in allen gleichen Fällen zu befolgen, ist das einzelne Mitglied des Collegiums an diese Rechtsansicht gebunden und dieselbe kann nicht anders wiederum verlassen werden, als wenn durch einen gleichen Beschluß aller Mitglieder des Criminalsenats festgesetzt wird, diesen Rechtssatz zu verlassen und eine andere Ansicht zu befolgen. Es ergiebt sich hieraus, daß mindestens zur Zeit auf ein einzelnes, von dem Oberappellationsgerichte gesprochenes und öffentlich bekannt gemachtes Erkenntniß ein besonderes Gewicht nicht gelegt werden kann, und daß hieraus wenigstens mit Grund nicht die Folgerung gezogen werden kann, das Ober-

appellationsgericht werde in ähnlichen Fällen gleiche Entscheidungen fällen. Die Frage über die Auslegung des Artikels 287. des Strafgesetzbuches ist hiernach noch zu den schwebenden Fragen zu rechnen, über welche das Oberappellationsgericht noch keinen feststehenden Rechtssatz in dem oben angegebenen Sinne aufgestellt hat. Wenn daher der Verfasser bei der von ihm versuchten Auslegung des Artikels 287. des Strafgesetzbuches zu einem anderen Resultate gelangt, als Schwarze in der Gerichtszeitung, so will er damit zwar keineswegs die Behauptung aussprechen, daß das Oberappellationsgericht dieser Meinung bereits beigetreten sei oder noch beitreten werde, wohl aber auf die Möglichkeit hinweisen, daß sie bei künftigen Entscheidungen des Oberappellationsgerichts geltend gemacht werden könne.

Schwarze giebt zunächst in dem oben angezogenen Aufsatze diejenigen Grundsätze an, die vom theoretischen Gesichtspunkte aus in Bezug auf Veruntreuungen zu befolgen und die auch von dem Oberappellationsgerichte früher beim Rechtsprechen befolgt worden sind. Eines näheren Eingehens auf diese an sich richtigen Grundsätze bedarf es um so weniger, als schon Held und Siebdrat in ihrem Commentare zu Artikel 242. des Criminalgesetzbuches klar und deutlich auseinander gesetzt haben, worauf es bei der Veruntreuung überhaupt und nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts ankomme.

Wenn dagegen Schwarze behauptet, daß der Gesetzgeber im Strafgesetzbuche keine anderen Grundsätze habe aufstellen wollen und daß der Artikel 287. des Strafgesetzbuches keine anderen Sätze enthalte, als welche die Spruchpraxis bereits zeither erkannt habe, so finden diese Behauptungen weder in den Motiven des Entwurfes zu diesem Artikel, noch in den Worten desselben ihre Rechtfertigung.

Allerdings geht aus den Motiven zu diesem Artikel nicht hervor, daß der Gesetzgeber beabsichtigt habe, neue, von dem Criminalgesetzbuche abweichende Grundsätze aufzustellen, vielmehr hat man sich darauf beschränkt, die Vertauschung des Wortes „Veruntreuung" mit dem der „Unterschlagung" zu rechtfertigen und auf das Charakteristische dieses Verbrechens aufmerksam zu machen. Allein das Strafgesetzbuch ist nicht eine Fortsetzung des Criminalgesetzbuches, eine Erläuterung oder Verbesserung desselben, sondern ein ganz neues, selbständiges Gesetz. Es enthält so viel

neue, von dem früheren Rechte abweichende Bestimmungen, die keineswegs alle in den Motiven des Entwurfs gerechtfertigt worden sind, daß sich daraus, daß in den Motiven nicht angegeben worden ist, man habe das frühere Recht und die frühere Spruchpraxis verlassen wollen, durchaus nicht folgern läßt, es habe etwas Neues nicht eingeführt werden sollen.

Die Ansicht Schwarze's, der Gesetzgeber habe bei der im Artikel 287. des Strafgesetzbuches enthaltenen Vorschrift etwas Anderes nicht gewollt, als was durch Art. 242. des Criminalgesetzbuches und durch die Spruchpraxis schon festgestellt gewesen, ist daher eine rein persönliche, die allerdings wohl begründet und seiner Ueberzeugung gemäß sein kann. Allein auf eine derartige Ansicht, mag sie auch den Verhältnissen nach noch so viel für sich haben und sogar von dem Verfasser des Gesetzes selbst getheilt werden, kann der erkennende Richter ein entscheidendes Gewicht nicht legen, vielmehr hat er sich zunächst an die Worte des Gesetzes selbst zu halten, und sind solche klar und bestimmt, nur hiernach, wie nach jeder an sich klaren gesetzlichen Vorschrift zu erkennen.

Schwarze scheint zwar selbst indirect zuzugeben, daß die Fassung des Artikels 287. eine unklare sei, indem er theils darauf hinweist, auf welche Worte man den Accent legen solle, theils angiebt, man solle sich hinter dem Worte „oder" das Wort „auch" hinzudenken. Allein alle diese Auskunftsmittel helfen dem ganz klaren Worte des Artikels 287. gegenüber etwas nicht, wiewohl solches allerdings sehr wünschenswerth sein würde.

Der erste Abschnitt des 287. Artikels lautet:

> Unterschlagung begeht, wer eine fremde, bewegliche Sache, in deren Inhabung er sich befindet, dem Eigenthümer oder sonst Berechtigten, um sie sich oder einem Anderen zuzueignen, rechtswidrig entzieht, oder, wenn die Sache in gangbarer Münze oder in anderen nur in derselben Gattung zu gewährenden Gegenständen besteht, dieselbe ohne die wohlbegründete Ueberzeugung, die Gewähr zur bestimmten Zeit, oder wenn eine solche nicht bestimmt worden, auf jedesmaliges Verlangen des Berechtigten ohne Verzug leisten zu können, verbraucht.

Zuerst ist in diesem Artikel von beweglichen Sachen im Allgemeinen die Rede, und sodann werden im Gegensatze zu diesen

vertretbare Sachen erwähnt, wie aus dem gebrauchten Worte „oder" hervorgehen möchte. Der Gesetzgeber sagt also, wenn man die logische Auslegung anwendet, wer fremde bewegliche, nicht vertretbare Sachen sich zueignet oder wer vertretbare fremde bewegliche Sachen verbraucht, begeht eine Unterschlagung. Der Gesetzgeber bestimmt mithin bei vertretbaren Sachen, daß die Unterschlagung dann für vollendet angesehen werden solle, wenn dieselben von dem Inhaber verbraucht worden sind, das heißt, wenn die vertretbare Sache von dem Inhaber so verwendet worden ist, daß er über solche nicht mehr verfügen, solche dem Eigenthümer nicht mehr auf Verlangen zurückerstatten, überhaupt nicht rechtzeitig Gewähr leisten kann. Kann der Inhaber zur rechten Zeit entweder ganz oder auch nur zum Theil Gewähr leisten, so liegt entweder gar keine, oder nur zu dem Theile eine Unterschlagung vor, hinsichtlich dessen der Inhaber keine Gewähr zu leisten im Stande ist. Dieß scheint die am wenigsten gezwungene Auslegung dieses Artikels zu sein. Doch wenn man selbst annimmt, daß die ersten Worte dieses Artikels, wer eine fremde bewegliche Sache, in deren Inhabung er sich befindet, dem Eigenthümer und sonst Berechtigten, um sie sich oder Anderen zuzueignen, rechtswidrig entzieht, die allgemeine Begriffsbestimmung der Veruntreuung enthalte und hierunter sowohl vertretbare als nicht vertretbare Sachen zu verstehen seien; so folgt hieraus immer noch nicht das von Schwarze in seinem Aufsatze gezogene Resultat. Die auf die vorstehend angegebenen, folgenden Worte des Artikels würden dann bei Anwendung der logischen Auslegung den Sinn geben, oder, wenn es vertretbare Sachen sind, solche verbraucht, es wäre denn, daß der Inhaber zur bestimmten Zeit, oder wenn eine solche nicht bestimmt worden, auf jedesmaliges Verlangen des Berechtigten die Gewähr leisten könnte. Das Verbrauchen der vertretbaren Sache ist die Begriffsbestimmung in Bezug auf solche Sachen, und die Ausnahme, wenn auch in dem Verbrauchen einer vertretbaren Sache eine Unterschlagung nicht gefunden werden soll, ist, wenn der Inhaber zur rechten Zeit Gewähr leisten kann. Daß der Zwischensatz, die Gewährleistung zur rechten Zeit, der Hauptsatz sei, daß auf die hierauf sich beziehenden Worte der Accent zu legen sei, wie Schwarze behauptet, würde gegen allen Sprachgebrauch sein. Wenn Schwarze ferner anführt, der Gesetzgeber habe dem Richter nur

einen Anhalt für die Beantwortung der Schuldfrage bei Verwendung vertretbarer Sachen geben, er habe erklären wollen, daß die Verwendung, der Verbrauch allein noch nicht hinreiche, den Beweis, daß die Unterschlagung erfolgt sei, auszuschließen; so ist ihm dagegen einzuhalten, daß es nach seinem eigenen Anführen über die frühere Spruchpraxis eines derartigen Fingerzeiges für den Richter gar nicht bedürfe. Ueberhaupt möchte es bei dem speciellen Theile eines Strafgesetzbuches wohl nicht am rechten Orte sein, den erkennenden Richter hier darauf aufmerksam zu machen, daß es bei dolosen Verbrechen darauf ankomme, in welcher Absicht der Angeklagte die zur Untersuchung gezogene Handlung vorgenommen habe. Aus den Worten des Artikels würde auch dann diese angebliche Absicht des Gesetzgebers nicht folgen, wenn man sich, wie Schwarze will, hinter dem zuerst erwähnten Worte „oder" noch das Wort „auch" hinzudächte. Abgesehen davon, daß es immer eine sehr mißliche Sache ist, sich noch Worte in ein Gesetz hinzuzudenken, so bleibt auch dann immer noch derselbe Sinn des Artikels stehen, wie solcher oben angegeben worden ist. Dasselbe ist der Fall, wenn man das Wort „oder" mit dem Worte „und" vertauschen wollte. Man ersieht auch nicht recht, warum der Gesetzgeber gerade bei vertretbaren Sachen dem Richter ein Anhalten in Bezug auf die Beweisfrage, die Absicht der Unterschlagung, hätte geben wollen. Nicht minder schwierig ist zuweilen die Entscheidung, wenn von dem Inhaber einer nicht vertretbaren Sache mit dieser Handlungen vorgenommen werden, die in der Regel nur der Eigenthümer vornimmt, als wenn derjenige, der eine vertretbare Sache verbraucht hat, mit der Behauptung auftritt, er sei der Ueberzeugung gewesen, zur rechten Zeit Gewähr leisten zu können. In letzterem Falle müssen von dem Angeklagten stets Thatsachen angegeben und nachgewiesen werden, woraus der Richter die Ueberzeugung schöpfen kann, der Angeklagte sei beim Verbrauche der vertretbaren Sache in der sicheren Erwartung gewesen, er werde zur rechten Zeit Gewähr leisten können. Im ersten Falle dagegen ist oft die Handlung, worin die Zueignung gefunden werden kann, zweifelhafter Natur und nach Lage der Sache zu beurtheilen. Es hat zum Beispiel der A. beim B. mehrere Kleidungsstücke zur Aufbewahrung niedergelegt und der B. benutzt einige dieser Kleidungsstücke, ohne die Einwilligung des A.

hierzu erlangt zu haben, oder sonst voraussetzen zu können. In diesem Gebahren des B. mit den bei ihm niedergelegten Kleidungsstücken kann eine Unterschlagung liegen, es kann aber auch nach Lage der Umstände hierunter nur eine widerrechtliche Benutzung einer fremden Sache, nach Umständen nicht einmal diese, gefunden werden, obgleich in der Benutzung fremder Kleidungsstücke eine solche Handlung enthalten ist, die in der Regel nur von dem Eigenthümer vorgenommen wird. Ebenso wie bei dem Verbrauche vertretbarer Sachen vom Richter darauf zu sehen ist, ob der Inhaber beabsichtigt habe, solche dem Eigenthümer gänzlich zu entziehen, oder ob er im Stande gewesen sei, solche rechtzeitig zu restituiren, ebenso ist bei nicht vertretbaren Sachen ins Auge zu fassen, ob der Wille der Inhaber bei Benutzung der nicht vertretbaren Sachen dahin gegangen sei, solche sich anzueignen, oder nur zeitweilig zu benutzen und später sie dem Eigenthümer zurückzugewähren. Es hat zum Beispiel der A. den ihm anvertrauten Rock des B. zum Behufe der Abwartung eines Festes angezogen, mit der bestimmten Absicht, von dem Rocke nur diesen Gebrauch zu machen und ihn später dem Eigenthümer zu restituiren. Hierin würde wohl höchstens ein widerrechtlicher, nach Art. 330. des Strafgesetzbuches zu bestrafender Gebrauch einer fremden Sache liegen, nicht aber eine nach Art. 287. zu ahndende Unterschlagung, selbst wenn der Rock durch diese Benutzung oder eine andere bedeutend an Werth verloren haben sollte. Immer muß der Richter bei Beurtheilung des Falles darauf sehen, ob aus der Handlung des Inhabers der Wille zu folgern sei, sich die Sache zuzueignen. Ist dieß zweifelhaft, oder ist sogar das Gegentheil anzunehmen, dann kann der Angeklagte auch nicht wegen Unterschlagung in Strafe genommen werden. Bei vertretbaren Gegenständen findet aber der Gesetzgeber nach Art. 287. in dem Verbrauche derselben die Consummation der Unterschlagung, es wäre denn, daß der Inhaber die wohlbegründete Ueberzeugung gehabt habe, rechtzeitig Gewähr leisten zu **können**. Derjenige, der mit der ihm anvertrauten, vertretbaren Sache irgend eine Handlung vorgenommen hat, woraus zwar die Absicht, solche dem Eigenthümer oder sonstigen Berechtigten zu entziehen, hervorgeht, der aber noch im Stande ist, entweder die Sache selbst zurückgeben, oder sofort Ersatz leisten zu können, ist straflos, weil er im ersten Falle die Sache noch nicht verbraucht hat

und im letzteren Falle rechtzeitig Gewähr leisten kann. Es liegt dann der Fall vor, auf welchen die Worte des Artikels 287. genau passen. Man könnte dagegen einhalten, daß nicht blos erforderlich sei, der Inhaber habe die Ueberzeugung gehabt, rechtzeitig Gewähr leisten zu können, sondern auch die Absicht dazu gehöre, Gewähr leisten zu wollen. Dieser Einwand ist an sich richtig und beruht in dem innern Wesen, in dem Begriffe der Unterschlagung selbst. Eine reine Anomalie ist es, wenn rücksichtlich der allgemeinen Erfordernisse jeder Veruntreuung zwischen der Unterschlagung vertretbarer und nicht vertretbarer Gegenstände ein Unterschied gemacht wird.

Schwarze folgert hieraus, daß der Gesetzgeber im Artikel 287. auch zwischen der Unterschlagung vertretbarer und nicht vertretbarer Gegenstände keinen Unterschied habe machen wollen. Dieß ist möglich, stimmt aber mit den nach dem Obenangeführten ganz klaren Worten des 287. Artikels nicht überein. Von einer klaren, in einem Strafgesetze enthaltenen Bestimmung zum Nachtheile des Angeklagten um deswillen abzugehen, weil sie mit den allgemein in der Theorie anerkannten Grundsätzen des Criminalrechtes nicht übereinstimmt, hierzu ist der Richter nicht ermächtigt. Eine Antinomie zwischen der einen und der anderen in einem Strafgesetzbuche enthaltenen Vorschrift ist kein haltbarer Grund, um von der bestimmten Vorschrift abzuweichen, vielmehr nur ein Grund, um das Gesetz zu verbessern. Gegenseitig sich widersprechende Bestimmungen kommen wohl in jedem Gesetzbuche und namentlich auch im Königlich Sächsischen Strafgesetzbuche vor, wobei man nur auf Art. 284., 288., 292. und 299. hinzuweisen braucht. Es beweist daher zu viel, wenn Schwarze behauptet, wegen der oben angegebenen Anomalie könne der Gesetzgeber nicht gewollt haben, daß bei Unterschlagung vertretbarer Gegenstände andere Grundsätze befolgt werden sollten, als bei der Unterschlagung nicht vertretbarer.

Allein es ist nicht einmal wahrscheinlich, daß die Fassung des Artikels 287. nur auf einem Versehen beruht, und der Gesetzgeber nicht absichtlich diese Fassung gewählt hat, um einen Unterschied zwischen der Unterschlagung vertretbarer und nicht vertretbarer Sachen zu machen. Diese Vermuthung beruht nämlich in den Bestimmungen des gleich darauf folgenden Art. 288.

Die rechtswidrige Verpfändung einer fremden Sache ohne die wohlbegründete Ueberzeugung, dieselbe zu der Zeit, wo sie dem Berechtigten zu gewähren ist, wieder einlösen zu können, soll

nach Höhe des für den Berechtigten aus der Verpfändung entspringenden Schadens für eine Unterschlagung angesehen werden. Die Verpfändung selbst, worin nach den Grundsätzen des Civilrechtes wenigstens eine Art Veräußerung liegt, ist es daher nicht, welche hier das Wesen der Unterschlagung bildet, sondern der Schaden, den der Berechtigte in Folge der Verpfändung hat, ist es, welcher das Object der Unterschlagung bildet. Wo daher dem Berechtigten aus der Verpfändung der Sache kein Schaden entsprungen ist, da liegt auch keine Unterschlagung vor, sondern es würde eine derartige Verpfändung nur nach den Bestimmungen des Art. 330. auf Antrag bestraft werden können. Hieraus ergeben sich folgende Beispiele.

1) Der A. verpfändet eine ihm anvertraute Sache bei einem privilegirten Leihhause, gegen welches das dem Eigenthümer zustehende Vindicationsrecht nicht ausgeübt werden kann, und der A. kann zur rechten Zeit das Pfand nicht einlösen, so besteht der dem Eigenthümer aus der Verpfändung entsprungene Schade in dem Pfandschilling und in den für denselben schon aufgelaufenen Zinsen. Das Object der Unterschlagung ist der Betrag des Pfandschillings und der Zinsen, nach Befinden sogar der volle Werth der Sache, wenn auch der Eigenthümer außer Stande ist, die Einlösung zu bewirken, oder das Pfand um niedrigen Preis bereits in dritte Hand übergegangen ist, nach welchem die Strafe gegen den Verpfänder auszuwerfen ist.

2) Der A. verpfändet die ihm anvertraute Sache bei einer nicht privilegirten Leihanstalt oder bei einer Privatperson. In diesem Falle kann der Eigenthümer vindiciren, hat gar keinen Schaden.

Bei dem Verpfänder liegen in beiden Fällen ganz gleiche Motiven, ganz gleiche Handlungen vor, und doch wird er in dem einen Falle als Unterschläger bestraft, in dem anderen nicht als Unterschläger angesehen. Dieser offenbare Uebelstand hat seinen Grund nach Krug in seinem Commentare zum Strafgesetzbuche (dritte Abtheilung Seite 50) darin, daß in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches §. 357. dem Eigenthümer gegen den redlichen Pfandinhaber das Vindicationsrecht nicht mehr hat zustehen sollen. Abgesehen von dieser im Artikel 288. liegenden Anomalie, so steht doch so viel fest, daß der Gesetzgeber bei diesem Artikel von der Ansicht ausgegangen ist, daß der Schaden, der dem Eigenthümer aus der Verpfändung erwachsen ist, allein maß-

gebend sein soll. Hieraus ergiebt sich die Richtigkeit folgenden Beispiels:

3) Der A., dem mehrere werthvolle Sachen anvertraut worden sind, und der selbst einige Geldmittel hat, verpfändet nach und nach, um nicht Aufsehen zu erregen, mehrere dieser Sachen, in der Absicht, mit den erlangten Pfandschillingen durchzugehen und sich nach Amerika zu begeben. Er hat aber auch die wohlbegründete Ueberzeugung, daß, wenn der Eigenthümer B. diese Sachen zurückfordert, er solche sofort mit den in seinen Händen befindlichen Geldern wieder einlösen kann. Ehe der A. seine Person und seine Gelder noch in Sicherheit gebracht hat, vermißt der Eigenthümer B. die verpfändeten Sachen, verlangt deren Restitution; der A. löset sie ein und giebt sie dem Eigenthümer zurück. In diesem Falle ist dem Eigenthümer aus der Verpfändung kein Schaden entsprungen, der A. kann wegen Unterschlagung nach den Worten des Art. 288. nicht in Strafe genommen werden, obwohl er gleich anfänglich dolose gehandelt hat. Der Schaden, den der Eigenthümer wirklich gehabt hat, ist es daher auch hier wiederum, den der Gesetzgeber bei den im Artikel 288. getroffenen Bestimmungen im Auge gehabt hat, nicht die dolose Absicht des Verpfänders. Findet man in diesen Bestimmungen nicht eine Anomalie, so kann man eine solche auch nicht in der oben angegebenen Auslegung des vorhergehenden Artikels 287. finden. Auch bei Unterschlagungen vertretbarer Sachen soll der Schaden, den der Eigenthümer gehabt hat, den Maßstab abgeben, nach welchem der Unterschlager zu bestrafen ist. Ist der Inhaber, der eine fremde Summe in seinen Nutzen verwendet, und solche mithin verbraucht hat, im Stande, sofort Ersatz zu leisten, so hat der Eigenthümer des Geldes keinen Schaden gehabt. Kann der Inhaber nur einen Theil der ihm anvertraut gewesenen und von ihm verbrauchten Summe auf Verlangen sofort gewähren, so hat der Eigenthümer auch nur nach Höhe der ihm nicht zurückgewährten Summe einen Schaden, und nur nach der Höhe dieses Theiles ist die Strafe auszuwerfen. Auf die ursprüngliche Absicht, auf den Willen des Inhabers bei dem Verbrauche der vertretbaren Sache, scheint es bei einer nach Art. 287. zu beurtheilenden Unterschlagung eben so wenig anzukommen, als bei der in Art. 288. erwähnten rechtswidrigen Verpfändung einer fremden Sache. Wenigstens wird man zu-

geben müssen, daß die ganz eigenthümlichen, in Art. 288. enthaltenen Bestimmungen einen Rückschluß auf die Absicht des Gesetzgebers bei Treffung der rücksichtlich der vertretbaren Sachen im Art. 287. enthaltenen Vorschriften über die Consummation der Unterschlagung gestatten. Etwas ganz Aehnliches enthält auch Art. 310. des Strafgesetzbuches in Bezug auf die Hinterziehung der Hülfsvollstreckung, indem auch hier der Schuldner nur mit den Strafen des Betruges nach Höhe desjenigen Schadens bestraft werden soll, welchen er seinem Gläubiger verursacht hat. So unbedingt möchte daher nicht behauptet werden können, daß der Gesetzgeber bei der Wahl der im Art. 287. gebrauchten Worte keine andere Absicht gehabt haben könne, als dasjenige wiederum auszusprechen, was in Bezug auf Veruntrauungen im Art. 242. des Criminalgesetzbuches festgestellt war und in der Spruchpraxis befolgt wurde. Wäre dieß der Fall gewesen, so hätte gar kein genügender Grund vorgelegen, eine andere Fassung zu wählen, als diejenige, die die Praxis bereits für völlig ausreichend befunden hatte.

So rationell auch die von Schwarze vertheidigte Ansicht ist, und so sehr auch der Verfasser im Principe mit ihm übereinstimmt, so wenig kann er zugeben, daß die Worte des Artikels 287. des Strafgesetzbuches, an welche sich dann der erkennende Richter allein zu halten hat, wenn diese Worte klar und bündig sind, zu der von Schwarze versuchten Auslegung führen oder auch nur, ohne Zwang anzuwenden, so gedeutet werden können.

II.

Partirerei.

Artikel 292. des Strafgesetzbuches.

Partirerei wurde nach Art. 239. des Criminalgesetzbuches als eine Begünstigung des verübten Eigenthumsverbrechens angesehen. Der Richter hatte daher zunächst bei Feststellung der Strafe wegen Partirerei darauf zu sehen, mit welcher Strafe das Eigenthumsverbrechen, in Bezug auf welches eine Partirerei begangen worden, zu ahnden sei, und ob der Partirer von der Art und Weise, wie das Eigenthumsverbrechen verübt worden, Kenntniß gehabt habe. Kannte der Partirer die Art und Weise, wie das Eigenthumsverbrechen verübt worden, nicht, sondern wußte oder vermuthete er nur bei Erwerbung der von

ihm gekauften oder acquirirten Sachen, daß diese auf unredliche Weise in den Besitz seines Autors gekommen seien, so war er nur wegen Partirerei eines einfachen Eigenthumsverbrechens in Strafe zu nehmen. Kannte dagegen der Partirer zur Zeit der Erwerbung der Sachen die beim Eigenthumsverbrechen selbst vorgekommenen Umstände, wußte er, daß das Eigenthumsverbrechen ein qualificirtes wäre, z. B. ein Raub, ein ausgezeichneter Diebstahl, so war er wegen Begünstigung dieses Verbrechens in Strafe zu ziehen. Unter den letzten Voraussetzungen konnte der Richter bis auf ein Drittheil der auf das Haupteigenthumsverbrechen stehenden gesetzlichen Strafe nach Art. 46. des Criminalgesetzbuches erkennen. Hierbei war jedoch nach Art. 239. des Criminalgesetzbuches bei Auswerfung der Strafe der Gewinn zugleich mit zu berücksichtigen, den der Partirer erlangt hatte.

Wenn nun im Art. 46. des Criminalgesetzbuches ein Strafminimum nicht bestimmt war, so konnte der Richter auch bei Auswerfung der Strafe alle Umstände, die zu Gunsten oder zum Nachtheile des Partirers sprachen, berücksichtigen und hiernach die Strafe bestimmen. Es waren hierbei theils subjective, theils objective Gründe maßgebend, und der Richter konnte die nach seinem Ermessen für den gerade vorliegenden einzelnen Fall passend zu erachtende Strafe aussprechen.

(Vergleiche Held und Siebdrat, Commentar zum Criminalgesetzbuche, Seite 329.)

Das Strafgesetzbuch geht im Art. 292. von einem theilweise entgegengesetzten Gesichtspunkte aus. Die Partirerei soll, wie aus den Motiven des Entwurfes des Strafgesetzbuches zu diesem Artikel hervorgeht, nicht mehr als Begünstigung des Hauptverbrechens angesehen, sondern als ein allein für sich bestehendes, von dem Hauptverbrechen gesondertes Verbrechen betrachtet werden. Der Partirer soll nur nach Maßgabe des Werthes der Sache, unter Abzug dessen, was er dafür gegeben hat, mit der Hälfte der Strafe des einfachen Diebstahls (Art. 276.) und, wenn er den vollen Werth der Sache bezahlt hat, mit Gefängniß bis zu 4 Monaten bestraft werden.

Ob die allerdings weit härteren Strafen des Criminalgesetzbuches im Art. 239. einer Abänderung bedurften, ob bei Anwendung des älteren Rechts sich solche Härten ergaben,

sie mit dem allgemeinen Rechtsgefühle nicht im Einklange standen, dieß möchte mindestens sehr zweifelhaft sein. Sieht man von dem rein theoretischen Gesichtspunkte ab und fragt man: wohin das allgemeine Rechtsgefühl des gebildeten Theiles des Volkes gehe? dann wird man zu dem Resultate gelangen, daß Partirer nicht zu leicht bestraft werden möchten. Der Partirer ist in den Augen des Volkes nicht besser, als der Stehler.

Eben so möchte es zweifelhaft sein, ob die zur Rechtfertigung der Abänderung des älteren Rechtes in den Motiven des Entwurfes ausgeführten Gründe wirklich ausreichend sind. Die Partirerei ist in der Regel schon an sich so eng mit der Begünstigung des Eigenthumsverbrechens, mit dem Verbergen, dem Verheimlichen desselben verbunden, daß in der That eine Grenze zwischen ihr und der Begünstigung sich schwer auffinden läßt.

Es muß und wird dem Partirer allemal daran liegen, daß das Hauptverbrechen nicht entdeckt werde. In seinem eigenen Interesse liegt es daher, die Spuren des Verbrechens durch Verbergen und Verheimlichen der von ihm acquirirten Sache zu beseitigen. Doch man kann, obgleich man den in den Motiven des Entwurfs des Strafgesetzbuches entwickelten Gründen wohl andere, nicht minder gewichtige Gründe würde entgegenstellen können, hiervon um deswillen zur Zeit absehen, weil nun einmal die Vorschriften des älteren Rechtes im Art. 239. des Criminalgesetzbuches abgeändert worden sind. Man beschränkt sich, auf die praktische Schwierigkeit aufmerksam zu machen, die bei Anwendung der in Art. 292. des Strafgesetzbuches enthaltenen Vorschriften entstehen muß. Hierbei wird man zugleich diejenigen Uebelstände andeuten, welche die Anwendung des gedachten Artikels mit sich bringen.

A.

Ungeachtet die Partirerei, wie es in den Motiven des Entwurfes zum Strafgesetzbuche heißt, „eigentlich mehr als eine bloße Begünstigung enthält," soll der Partirer dennoch nur nach Maßgabe des Werthes der Sache, unter Abzug dessen, was er dafür gegeben hat, mit der Hälfte der Strafe des einfachen Diebstahls belegt werden. Der Richter wird daher, wenn er zuvörderst geprüft hat, ob der Angeklagte die unrechtmäßige Erwerbung von Seiten seines Autors gekannt oder solche doch minde-

stens vermuthet hat, sodann zu untersuchen haben, welche Differenz zwischen dem wahren Werthe der Sache und demjenigen bestehe, was der Partirer dafür gegeben hat. Die zuletzt erwähnte Prüfung ist in der Regel mit großen Schwierigkeiten verbunden. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Eigenthumsverbrecher eben so wie der Partirer, Ersterer beim Verkaufe, Letzterer beim Ankaufe des unrechtmäßig erworbenen Gutes, Zeugen nicht zuziehen, daß dieß heimlich geschieht und daß über den Kaufpreis gewöhnlich nur der Eigenthumsverbrecher und der Partirer genaue Auskunft zu geben im Stande ist. Der Dieb will, wie die criminalistische Erfahrung lehrt, gewöhnlich weit weniger für die gestohlene Sache vom Partirer erhalten haben, als dieser dafür gegeben zu haben vorgiebt. Wem soll geglaubt werden? Dem Diebe oder dem Partirer? Der Eine hat wohl so viel Glauben zu beanspruchen, als der Andere. Liegen daher nicht andere Indicien in Bezug auf die Höhe des von dem Partirer für das unrechtmäßig erworbene Gut bezahlten Kaufgeldes vor, so wird der Richter im Zweifelsfalle und zu Gunsten des angeklagten Partirers dessen eigene Angaben bei Auswerfung des von ihm gezogenen Gewinns zum Grunde zu legen haben. Es liegt mithin öfters ganz in der Hand des Partirers, durch seine eigene Angabe rücksichtlich des von ihm für die entwendete Sache gezahlten Kaufpreises die wegen seines Verbrechens vom Richter gegen ihn ausgesprochene Strafe zu bestimmen. Wird durch die Oeffentlichkeit der Untersuchungsverhandlungen dieß nach und nach dem Volke bekannt, so wird, namentlich bei nur einigermaßen gewandten Verbrechern, es in der Zukunft sehr schwer sein, zu ermitteln, wie viel der Partirer für die von ihm erworbenen Sachen gegeben habe.

Man kann zwar hiergegen einwenden, daß nach älterem Rechte der Gewinn, den der Partirer gezogen hatte, ebenfalls schwer zu ermitteln war. Allein es ist dagegen einzuhalten, daß nach älterem Rechte der von dem Partirer gezogene Gewinn nur innerhalb der wegen Begünstigung des Hauptverbrechens auszuwerfenden Strafe zu berücksichtigen war, und der gehabte Gewinn daher nicht, wie nach neuerem Rechte, die Hauptbasis bei Feststellung der Strafe abgab. Der Partirer konnte durch falsche Angaben in Bezug auf den von ihm gezogenen Gewinn wohl seine Strafbarkeit in etwas milderem Lichte darstellen, nicht

aber sich der für die Partirerei als Begünstigung des Hauptverbrechens auszuwerfenden Strafe gänzlich entziehen.

B.

Noch weit erheblichere Bedenken, als die unter A. erwähnten, ergeben sich aber ferner bei Auswerfung der Strafe wegen des von dem Partirer gezogenen Gewinnes. Die Partirerei soll als ein besonderes, von dem Hauptverbrechen getrenntes Verbrechen nach den Motiven des Entwurfes des Strafgesetzbuches angesehen werden und es kommt daher bei Auswerfung der Strafe etwas darauf nicht an, ob das von dem Partirer erworbene Gut durch Raubmord, durch einen ausgezeichneten Diebstahl oder durch ein sonstig qualificirtes Eigenthumsverbrechen erworben worden ist. Nur wegen des von dem Partirer gezogenen Gewinnes soll gegen ihn auf die Hälfte der Strafe des einfachen Diebstahls erkannt werden.

Was ist denn aber die Hälfte der Strafe des einfachen Diebstahls? Bei Auswerfung der Strafe wegen jeden Verbrechens, jedoch mit Ausnahme derjenigen, worauf eine absolute Strafe gesetzt ist, mithin auch wegen eines einfachen Diebstahls, hat der Richter nicht blos das Objective des Verbrechens, bei einfachen Diebstählen den Betrag desselben, sondern nach Art. 73. auch die Subjectivität des Verbrechens selbst ins Auge zu fassen und unter Berücksichtigung beider vorerwähnten Umstände, innerhalb der niedrigsten und höchsten im Gesetze angedrohten Strafe, die für den vorliegenden Fall ihm angemessen erscheinende Strafe auszuwerfen. Für sich allein normirt daher der Artikel 276. des Strafgesetzbuches nicht die Strafe, welche wegen eines einfachen Diebstahls auszuwerfen ist, sondern er bestimmt nur die Grenzen, innerhalb welcher der Richter sich bei einem Betrage unter 10 Thalern, über 10 Thaler bis 50 Thaler und über 50 Thaler bewegen und die Strafe nach Art. 73. des Strafgesetzbuches auswerfen kann. Der Richter ist ermächtigt, gegen den Angeklagten wegen einfacher Diebstähle bei besonders gezeigter Böswilligkeit nach Art. 73. des Strafgesetzbuches, auch wenn die Normalsumme von 10 und beziehendlich 50 Thalern noch lange nicht erreicht worden, oder wenn die Normalsumme von 50 Thalern nicht bedeutend überstiegen wird, auf die höchsten, nach Art. 276. unter 1., 2. und 3. zulässigen Strafen zu erkennen. Alle diese nach Art. 73. zu berücksichtigenden Strafabmessungsgründe beim Diebstahle fallen weg,

wenn bei Auswerfung der Strafe wegen Partirerei nur der von dem Partirer gezogene Gewinn ins Auge gefaßt wird und von dem Hauptverbrechen ganz abgesehen werden soll. Es bleibt dem erkennenden Richter nichts übrig, als innerhalb der Normalsumme von 10, 50 und über 50 Thaler sich eine Art Scala zu bilden, eine Art Divisionsexempel mit Zugrundelegung dieser Summe und der im Art. 276. unter 1., 2. und 3. vorgeschriebenen Strafe zu machen, und sich auszurechnen, wie viel wohl zu erkennen sein würde, wenn ein einfacher, ohne Berücksichtigung aller besonderen Verhältnisse (Art. 73.) zu bestrafender Diebstahl vorlag, der zum Beispiel 1, 2, 4 und 6 oder 12, 24 und 36 oder mehr oder weniger über 50 Thaler betrüge. Die Hälfte dieser, durch eine Art Rechnungsexempel zu findenden Strafe würde gegen den Partirer auszusprechen sein. Wollte man einen anderen Weg einschlagen, so würde man gegen die Worte des Gesetzes und gegen die demselben unterliegenden Motiven handeln, nach welchen die Partirerei als ein von dem Hauptverbrechen gesondertes Verbrechen anzusehen und der Partirer nur nach dem von ihm gehabten Gewinne zu bestrafen ist. Aus dem vorstehend Angegebenen folgt zum Beispiel: daß derjenige, der wissentlich eine von dem Hauptverbrecher durch Raubmord erworbene Sache, deren wahrer Werth sich auf 20 Thaler beläuft, für 19 Thaler kauft, gelinder bestraft werden muß, als derjenige, der wissentlich eine durch einfachen Diebstahl erlangte Sache für 2 Thaler kauft, die 4 Thaler werth ist.

C.

Hat der Partirer den vollen Werth der Sache bezahlt, dann kann er mit Gefängniß bis zu 4 Monaten bestraft werden. Schwer möchte es sein, diese Strafvorschrift mit dem übrigen Inhalte des Artikels 292. in Einklang zu bringen. Zuerst soll der Partirer lediglich nach Verhältniß desjenigen Gewinns mit der Hälfte der auf den einfachen Diebstahl gesetzten Strafe belegt werden, den er sich durch den Erwerb der Sache verschafft hat, und sodann soll er, wie in demselben Satze vorgeschrieben ist, auch dann mit Gefängniß, ja selbst bis zu vier Monaten belegt werden, wenn er auch gar keinen Gewinn gehabt, sondern den vollen Werth der Sache bezahlt hat. Es leuchtet von selbst ein, daß bei Auswerfung der Strafe in dem zuletzt gedachten Falle andere Grundsätze befolgt werden müssen, als in den zuerst er-

wähnten. Welche Grundsätze soll aber der erkennende Richter hier befolgen? Hierauf bleibt der Gesetzgeber die Antwort schuldig. Nach den Motiven zu diesem Artikel soll die Partirerei als ein besonderes von dem Hauptverbrechen getrenntes Verbrechen behandelt werden. Das Hauptverbrechen, selbst wenn die Art und Weise der Begehung dem Partirer bekannt gewesen ist, giebt keinen Maßstab für die Auswerfung der Strafe ab. Es ist auf Auswerfung der Strafe einflußlos, ob die vom Partirer erworbenen Sachen vom Hauptverbrecher durch Raubmord, ausgezeichneten Diebstahl oder auf welche sonst unrechtmäßige Art und Weise erworben worden ist, obgleich in den Motiven später nebenbei bemerkt wird, daß die Partirerei eigentlich mehr als eine bloße Begünstigung enthalte. Nach den dispositiven Worten des Artikels 292. ist die Partirerei keine Begünstigung des Hauptverbrechens und der erkennende Richter kann daher auch die Vorschriften im Art. 61. des Strafgesetzbuches auf den Fall nicht anwenden, wenn der Partirer durch seine verbrecherische Handlung, den wissentlichen Erkauf einer unrechtmäßig erworbenen Sache, einen eigenen Gewinn nicht gehabt hat.

Es fragt sich daher nur noch: ob nicht bei Auswerfung der Strafe der höhere oder geringere Werth der von dem Partirer erworbenen Sache zu berücksichtigen sei? Allein auch bei Beantwortung dieser Frage kommt man zu Resultaten, die sich mit dem in diesem Artikel enthaltenen Hauptprincipe, daß der von dem Partirer gehabte Gewinn den Maßstab für die nach Art. 276. auszuwerfende Strafe geben soll, nicht vereinigen lassen. Gesetzten Falles, der Partirer habe eine gestohlene Sache, deren Werth sich auf 100 Thaler beläuft, wissentlich für dieselbe Summe erkauft. Wollte man hier sein Augenmerk auf den Werth der Sache richten, so würde wohl eine achtwöchige Gefängnißstrafe in so fern nicht als zu hoch erscheinen, als das Strafmaximum bis zu 4 Monaten Gefängniß geht. Hat dagegen der Partirer für dieselbe Sache 96 Thaler bezahlt, mithin nur einen Gewinn von 4 Thalern gehabt, so würde nach Art. 276. unter 1. wohl höchstens auf eine Gefängnißstrafe von nur wenigen Tagen zu erkennen sein. Der Partirer, der den vollen Werth der Sache bezahlt hat, würde daher härter bestraft werden, als derjenige, der weniger dafür gegeben hat, wenn nur die Summe des dafür Gegebenen nicht bedeutend geringer ist, als der wahre Werth der

Sache. Dieß kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, weil es mit dem Principe der Gerechtigkeit in offenbarem Widerspruche stehen würde. Von welchen Principien der Gesetzgeber ausgegangen ist, nach welchen Grundsätzen der erkennende Richter bei Auswerfung der Strafe verfahren soll, wenn der Partirer keinen Gewinn hat? diese Frage hat der Verfasser nicht gehörig aus dem Inhalte des Artikels 292. lösen können. Es scheint nichts übrig zu bleiben, als die im Artikel 73. des Strafgesetzbuches enthaltenen allgemeinen Vorschriften über Zumessung der Strafe anzuwenden. Allein es zeigt sich hier das eigenthümliche Verhältniß, daß bei einem Eigenthumsverbrechen, worunter die Partirerei jedenfalls zu zählen, bei welchem die Strafe mit nach dem Betrage desselben nach dem von dem Partirer gezogenen Gewinne auszurechnen ist, wo also der Gewinn mit zum objectiven Thatbestande gehört, dieser Factor wegbleiben muß, und nur der andere Factor, die Subjectivität des Verbrechens, die bei der That gezeigte Böswilligkeit berücksichtigt werden kann.

Die Partirerei ist aber ein solches Verbrechen, bei dem, wenn es nicht in Begünstigung oder Beihülfe übergeht, in der Regel von einer besonders an den Tag gelegten Böswilligkeit nicht die Rede sein kann, wenn man es namentlich gesondert von dem Hauptverbrechen, wie der Gesetzgeber will, ins Auge faßt. Es wird daher auch in der Regel bei Auswerfung der Strafe wegen Partirerei an einem, in Bezug auf den subjectiven Thatbestand besonders zu berücksichtigenden Strafabmessungsgrunde fehlen, woraus wiederum folgt, daß wohl nie gegen einen Partirer, der den wahren Werth für die wissentlich von ihm gekaufte Sache bezahlt hat, auf eine nur wenig Tage übersteigende Gefängnißstrafe erkannt werden kann. Der Gesetzgeber mag wohl anderer Ansicht gewesen sein, weil sonst nicht ein Strafmaximum von vier Monaten Gefängniß festgestellt worden wäre. Allein weder das Gesetz selbst, noch die hierzu gegebenen Motiven, noch auch Krug in seinem Commentare geben irgend eine Auskunft darüber, wie wohl die hier berührte Vorschrift des Art. 292. zu verstehen sei.

D.

Ein Fall, der in der Praxis keineswegs zu den seltenen gehört, hat in dem 292. Artikel des Strafgesetzbuches gar keine

Erwähnung gefunden. Oesters kommt es, wie schon unter A. angedeutet worden, vor, daß sich gar nicht bestimmt ermitteln läßt, wie viel der Partirer für die von ihm erworbenen Sachen dem Hauptverbrecher gegeben hat. In diesen Fällen weiß der erkennende Richter nicht, ob der Partirer einen Gewinn gehabt hat, auf wie hoch derselbe sich beläuft, oder ob der Partirer den wahren Werth für die Sache dem Hauptverbrecher bezahlt hat. Wie soll hier der Richter bei Auswerfung der dem Partirer aufzuerlegenden Strafe verfahren? Strafbar ist der Partirer in jedem Falle, nur die Höhe der Strafe kann zweifelhaft sein. Von der Hälfte einer nach Art. 276. auszuwerfenden Strafe kann nicht die Rede sein, weil der Gewinn, den der Partirer gehabt hat, nicht feststeht. Ebensowenig kann aber auch wiederum angenommen werden, daß der Partirer den wahren Werth für die von ihm erworbene Sache bezahlt habe, weil eben auch dieses zweifelhaft ist. Man könnte zwar dagegen einhalten, daß im Zweifelsfalle zu Gunsten des Angeklagten anzunehmen sei, er habe für die erkaufte Sache den wahren Werth bezahlt. Allein es fragt sich eben, ob nach den Bestimmungen des Gesetzes diese Annahme eine für den Angeklagten günstige sei? Nach dem Wortlaute des 292. Artikels kann der Richter, wenn der wahre Werth für die Sache bezahlt worden ist, gegen den Partirer bis auf vier Monate Gefängniß erkennen. Hat dagegen der Partirer für die erkaufte Sache nur wenige Groschen unter dem wahren Werthe bezahlt, so wird der Richter auch gewiß nur auf eine ganz geringe Freiheitsstrafe erkennen. Man kann deshalb nicht so ohne Weiteres sagen, daß die Annahme, der Partirer habe den wahren Werth der Sache bezahlt, nach dem Gesetze eine für den Angeklagten günstige Annahme sei. In derartigen Fällen, wie der vorstehend erwähnte, bleibt dem Richter nichts übrig, als eine ganz geringe, höchstens zwei- bis dreitägige Gefängnißstrafe auszusprechen.

Noch eigenthümlicher gestaltet sich das Verhältniß, wenn von einer dritten Person die Sache nicht eigenthümlich erworben, sondern solche nur mit Wissen von dem unrechtmäßigen Erwerber der Sache als Pfand angenommen worden ist. Hier kann weder von einem Gewinne, noch von der Bezahlung des wahren Werthes die Rede sein. In einem derartigen Gebahren liegt jedenfalls auch ein strafbares Vergehen. Es erscheint aber schon der Natur der

Sache nach derjenige strafbarer, der z. B. eine gestohlene Sache wissentlich eigenthümlich erwirbt, als derjenige, der diese Sache zur Sicherung seines Anspruchs nur zeitweilig als Pfand annimmt. Welche Strafbestimmungen sollen nun auf den letzten Fall angewendet werden? Die im Artikel 292. enthaltenen Vorschriften lassen sich nicht anwenden, weil hier nur von dem eigenthümlichen Erwerbe solcher Sachen die Rede ist. Dem erkennenden Richter bleibt daher weiter etwas nicht übrig, als auf die allgemeinen, im Strafgesetzbuche enthaltenen Vorschriften Rücksicht zu nehmen. Hier scheint nun keine andere Bestimmung maßgebend sein zu können, als die über Begünstigung im Art. 61. des Stragesetzbuches enthaltene. Der Pfandnehmer einer unrechtmäßig erworbenen Sache nimmt diese in seine Verwahrung, muß solche, damit sie ihm nicht entzogen werde und er sein Pfand als Sicherungsmittel behält, vor den Augen Anderer verbergen und beabsichtigt mindestens, solche zur Verfallzeit, wenn das Pfand nicht eingelöst wird, weiter zu verkaufen, mithin zu vertreiben. Ist diese Ansicht richtig, so ist der Pfandinhaber einer unrechtmäßig vom Hauptverbrecher erworbenen Sache als Begünstiger des Hauptverbrechens anzusehen und es kann gegen denselben, wenn er Kenntniß von der Art und Weise gehabt hat, wie der Hauptverbrecher in den Besitz der Sache gekommen ist, bis auf ein Drittheil des Höchstbetrages der auf dieses Verbrechen gesetzten Strafe nach Art. 61. erkannt werden. Obgleich daher nach allgemeinen Begriffen der wissentliche Pfandinhaber einer unrechtmäßig erworbenen Sache minder strafbar erscheint, als derjenige, der solche wissentlich eigenthümlich erworben hat, so kann doch gegen den Pfandinhaber auf eine weit härtere Strafe erkannt werden, als gegen den Partirer nach Art. 292. in der Regel zulässig ist. Wenn auch der erkennende Richter bei Auswerfung der Strafe für den Pfandinhaber gebührende Rücksicht auf die hier hervorgehobenen Umstände zu nehmen hat, so liegt doch in dem Verhältnisse des 292. Artikels zu dem Artikel 61. eine solche Rechtsungleichheit, die schwerlich sich rechtfertigen läßt. Es kann ferner der Fall vorkommen, daß Jemand wissentlich mehrere durch Raub erworbene Sachen kauft, nicht aber alle gleichzeitig geraubten Sachen. Später, nachdem er die gekauften Sachen schon weiter vertrieben hat, erfährt er, daß beim Räuber Haussuchung gehalten werden soll und fürchtet, daß sowohl das

Hauptverbrechen als auch die eigene Partirerei entdeckt werden könne. Er begiebt sich in die Behausung des Räubers, findet noch eine Kleinigkeit der geraubten Sachen und verbirgt sie. Wegen seines ersten Verhaltens würde gegen ihn, wenn er nicht viel unter dem wahren Werthe der gekauften Sachen bezahlt hätte, nur eine geringe Strafe nach den oben angegebenen Grundsätzen erkannt werden können. Dagegen würde wegen seines spätern Verhaltens eine weit härtere Strafe erkannt werden können, weil hierin eine Begünstigung des Hauptverbrechens liegen würde. *)

E.

Die vorstehend hervorgehobenen Uebelstände, die sich bei Anwendung der Vorschriften im Artikel 292. des Strafgesetzbuches schon mehrfach ergeben haben, möchten den Wunsch wohl rechtfertigen, daß dieser Artikel einer nochmaligen Prüfung und Abänderung unterworfen werde. Nur im hohen Grade nachtheilig ist es, wenn Strafbestimmungen, seien sie nun zu hart, oder, wie im Strafgesetzbuche in Bezug auf die Partirerei, zu gelind, mit dem Rechtsgefühle des Volkes nicht übereinstimmen, sondern nur auf Theorien beruhen, deren Richtigkeit von dem gewöhnlichen Verstande nicht begriffen wird. Dieß scheint, wie der Verfasser mit voller Ueberzeugung ausspricht, bei den in Art. 292. des Strafgesetzbuches enthaltenen Vorschriften der Fall zu sein, die weder dem Rechtsgefühle des gebildeten Theils des Volks, noch auch der Rechtsansicht der meisten Juristen entsprechen möchten. Sollte später Art. 292. des Strafgesetzbuches abgeändert werden, so macht man zu diesem Zwecke zugleich noch auf folgenden Uebelstand aufmerksam. Wenn Jemand mehrerer Partirereien sich schuldig gemacht hat, die nicht unter Art. 293. des Strafgesetzbuches fallen, so ist nur wegen einer dieser Partirereien, und zwar wegen der am schwersten zu ahndenden, eine Hauptstrafe auszuwerfen, und diese Hauptstrafe kann nach Art. 78. wegen Concurrenz mit den übrigen Verbrechen nur verdoppelt werden. Eine Zusammenrechnung der einzelnen Beträge, der

*) Das Oberappellationsgericht hat in einem Falle, wo eine entwendete Sache als Pfand versetzt worden war, und der Pfandinhaber von dem unrechtmäßigen Erwerbe der verpfändeten Sache Kenntniß hatte, den Pfandinhaber wegen Begünstigung des Diebstahls bestraft und Art. 292. nicht angewendet, sondern Art. 61. des Strafgesetzbuches.

verschiedenen von dem Partirer einzeln gehabten Gewinne, findet nicht statt, selbst wenn solche einzelne unter 10 Thaler betragen. Die im Art. 299. des Strafgesetzbuches in Bezug auf andere Eigenthumsverbrechen enthaltenen Ausnahmebestimmungen sind nicht anzuwenden auf das Verbrechen der Partirerei. Welche Nachtheile mit der Concurrenztheorie verbunden sind, wenn solche auf Eigenthumsverbrechen erstreckt wird, und wie die in Art. 299. enthaltene Ausnahmebestimmung keineswegs ausreichend erscheint, hat der Verfasser schon anderswo nachzuweisen versucht. [Gerichtszeitung 4. Heft.] Diese Nachtheile treten namentlich auch bei dem Verbrechen der Partirerei hervor. Es kommt allerdings vor, daß der Partirer bei einer und derselben Partirerei einen bedeutenden Gewinn macht, und es kann dann eine größere Hauptstrafe vom Richter ausgeworfen werden, so daß in diesem Falle die Concurrenztheorie mit geringem Nachtheile verbunden ist. Allein in den bei weitem meisten Fällen ist der von dem Partirer gehabte Gewinn entweder nur ein geringer, oder es läßt sich aus den oben unter A. angegebenen Gründen ein höherer Gewinn nicht feststellen. Die auszurechnende Hauptstrafe wird daher in der Regel nur eine sehr geringe sein, die, wenn auch noch so viel andere Partirereien concurriren, nur verdoppelt werden kann. Es hat z. B. der Partirer sich acht verschiedener Partirereien schuldig gemacht, ohne daß man nach Lage der Sache annehmen kann, er mache aus dem Vertriebe unrechtmäßig erworbenen Gutes (Art. 293.) ein Gewerbe, und der höchste nachweisbare Gewinn, den er bei einer Partirerei gehabt hat, beläuft sich nur auf 4 Thaler, der Gesammtbetrag aller acht Partirereien aber auf zwanzig Thaler. In diesem Falle würde man, da nach Art. 78. die Hauptstrafe nur nach der Höhe auszuwerfen ist, die für das Hauptverbrechen festzustellen sein würde, wenn es allein zur Bestrafung vorläge, wohl schwerlich eine höhere Hauptstrafe erkennen, als eine vierzehntägige Gefängnißstrafe, die man sodann wegen der vielfachen Concurrenz verdoppeln würde. Hat dagegen der Partirer bei einer Partirerei einen Gewinn von 20 Thalern gehabt, so würde es ganz unbedenklich sein, gegen ihn auf Arbeitshausstrafe zu erkennen. Derjenige, der nur ein Verbrechen begangen hat, wird daher härter bestraft, als derjenige, der mehrere Verbrechen verübt hat, deren Gesammtbetrag sich auf eben so hoch beläuft, wodurch er doch jedenfalls eine höhere Böswilligkeit an

den Tag gelegt hat. Aus den vorstehend angedeuteten, von dem Verfasser an einem anderen Orte weiter ausgeführten Gründen möchte es daher sehr erwünscht sein, wenn bei der Partirerei, sowie bei den übrigen, im zwölften Capitel des Strafgesetzbuches enthaltenen Eigenthumsverbrechen die Concurrenztheorie verlassen und zu den Bestimmungen in Art. 50. des Criminalgesetzbuches zurückgekehrt würde.

III.
Betrug.

Artikel 284. des Strafgesetzbuches.

Die in Artikel 245. des Criminalgesetzbuches enthaltene sehr allgemeine Begriffsbestimmung des einfachen Betrugs ist im Artikel 284. des Strafgesetzbuches wesentlich beschränkt worden. Während es nach Art. 245. des Criminalgesetzbuches bei Auswerfung der Strafe gleichgültig war, ob der Betrüger dem Betrogenen nur in Schaden habe bringen, oder sich selbst oder Anderen habe einen unerlaubten Vortheil verschaffen wollen, fällt unter Artikel 284. des Strafgesetzbuches nur der Fall, wenn der Betrüger entweder sich selbst oder Andern einen rechtswidrigen Vermögensvortheil hat verschaffen wollen. Die Gewinnsucht muß also das Motiv sein, das dem Betrüger Veranlassung gegeben hat, sich einer Täuschung zu bedienen, wenn die in Artikel 284. enthaltenen Voraussetzungen eintreten sollen. Hat der Täuschende in Folge anderer Bewegungsgründe gehandelt, hat er zum Beispiel die Täuschung nur in der Absicht vorgenommen, um den Getäuschten in Schaden zu bringen, dann schlägt Artikel 284. nicht ein. Eine große Anzahl von Betrügereien, die nach älterem Rechte mit Arbeitshausstrafe, ja selbst mit Zuchthausstrafe geahndet werden konnten, die aus den moralisch verwerflichsten Motiven hervorgegangen sein und wodurch die Rechtssicherheit, die Vermögensrechte der Staatsbürger in hohem Grade gefährdet und verletzt werden können, fallen daher gegenwärtig nach neuerem Rechte nicht mehr unter den im Artikel 284. des Strafgesetzbuches aufgestellten Begriff des Betrugs. Ob diese Begriffsbeschränkung zweckmäßig und räthlich gewesen sei, ob sie mit dem allgemeinen Rechtsgefühle übereinstimme und ob sie ihren gehörigen Grund in den wissenschaftlichen Principien des Criminalrechts in Bezug auf den Betrug haben möchte, dieß erscheint mindestens zweifelhaft. Der Verfasser kann sich wenigstens für seine Person von der

Richtigkeit oder auch nur Zweckmäßigkeit dieser Begriffsbeschränkung nicht überzeugen.

Während ferner nach Art. 245. des Criminalgesetzbuches es bei dem einfachen Betruge ohne Einfluß war, ob die Täuschung gegen denjenigen gerichtet war, der bevortheilt werden sollte, oder gegen eine dritte Person, um erst durch diese mittelbar sich oder Andern einen Vortheil zu verschaffen, wird nach Artikel 284. erfordert, daß der Täuschende sich oder Anderen zum Nachtheil des Getäuschten einen rechtswidrigen Vortheil verschafft hat. Der Benachtheiligte muß daher der unmittelbar Getäuschte sein, nicht, wie im Criminalgesetzbuche, erst der mittelbar Bevortheilte, wenn die im Artikel 284. enthaltene Begriffsbestimmung Anwendung finden soll.

Diese letztere im Strafgesetzbuche enthaltene Begriffsbeschränkung des Betrugs hat in der Praxis zu erheblichen Zweifeln Veranlassung gegeben. Es möchte sich schwer ein ausreichender Grund für die Behauptung auffinden lassen, der A. sei weniger strafbar, weil er in gewinnsüchtiger Absicht den B. getäuscht, um den C. zu benachtheiligen. Alle sonstigen Erfordernisse des Betrugs nach Art. 284. sind auch hier vorhanden, die gewinnsüchtige Absicht und die Täuschung, nur daß die gewinnsüchtige Absicht gegen das Vermögen des C. gerichtet ist und die Täuschung gegen die Person des B. begangen wird.

Obgleich es dem Principe nach wohl gleichgültig sein könnte, ob der A. in gewinnsüchtiger Absicht den C. unmittelbar täuscht oder benachtheiligt, oder ob er erst durch Täuschung des B. in gewinnsüchtiger Absicht den C. benachtheiligt; so kann doch der Richter bei der klaren Vorschrift des Gesetzes nicht aussprechen, daß gegen den A. die Vorschriften des Artikels 284. in Anwendung zu bringen seien. Es würde hierin ein zum Nachtheile des Angeklagten gereichende extensive Auslegung der Gesetzesworte liegen, zu der der Richter nicht verschreiten darf.

Krug in seinem Commentare zum Strafgesetzbuche scheint auch für diese Auslegung des Artikels 284. zu sein, indem er in der sechsten Bemerkung zu diesem Artikel anführt: „Es muß aber damit (mit der Täuschung) zugleich ein Nachtheil für den Getäuschten verbunden sein. Täuschungen, durch welche der Getäuschte nicht benachtheiligt wird, fallen nicht unter den Begriff des Betruges, obwohl sie nach anderen Bestimmungen

strafbar sein können." Wenn Krug ferner angiebt, daß Vollmachtgeber und Bevollmächtigter, Vormund und Mündel, in dieser Beziehung für eine Person zu achten seien, indem durch Täuschung des Vormundes, des Bevollmächtigten, welche dem Mündel, dem Vollmachtgeber, zum Nachtheile gereichen, immer zugleich der Getäuschte benachtheiligt werde, da ihn die Verantwortung treffe; so ist dieß zwar in der Regel der Fall, nicht aber immer. Nur wenn nach den Grundsätzen des Civilrechtes den Vormund oder den Bevollmächtigten die Verantwortung trifft, wenn der Eine oder der andere zum Ersatze verpflichtet ist, dann ist er zugleich der Benachtheiligte. Wenn dagegen dem Mündel oder Vollmachtgeber gegen den Vormund oder Bevollmächtigten ein Klagrecht auf Ersatz nach den Grundsätzen des Civilrechts nicht zusteht, dann kann auch der Vormund oder Bevollmächtigte als die benachtheiligte Person nicht angesehen werden. Dieß ist dann der Fall, wenn der Vormund oder der Bevollmächtigte bei Besorgung der Geschäfte ihres Mündels und beziehendlich Machtgebers die größte Sorgfalt (summa diligentia) angewendet haben, demungeachtet aber getäuscht worden sind. Hat z. B. der Vormund auf eine ächte, von dem Erblasser seines Mündels ausgestellte Urkunde, die von dem ursprünglichen Gläubiger bei ihm zur Zahlung präsentirt worden ist, ungeachtet der Erblasser zur Zeit seines Lebens schon Zahlung geleistet hatte, dieser Umstand aber den Erben gänzlich unbekannt ist, vielleicht unter Autorisation der obervormundschaftlichen Behörde nochmals Deckung gewährt, so kann nicht behauptet werden, daß den Vormund irgend eine Verschuldung treffe, aus der die Verbindlichkeit hervorginge, dem Mündel Ersatz zu gewähren. Oder es hat der Bevollmächtigte in Folge einer von einem Dritten producirten ächten Vollmacht, die der Aussteller in der That zurückgenommen, aber unvorsichtiger Weise in den Händen des Dritten zurückgelassen oder die durch Zufall wieder in dessen Hände gekommen ist, Zahlung geleistet, oder an den Dritten sonstige Gegenstände ausgeantwortet, so ist er, seinem Machtgeber gegenüber, von aller Ersatzverbindlichkeit frei. In diesen Fällen, zu denen noch mehrere andere ähnliche Fälle fingirt werden können und die in der Praxis auch wirklich vorkommen, sind nicht der Vormund oder Bevollmächtigte, obgleich sie die Getäuschten sind, die Benachtheiligten, sondern der Mündel oder Vollmachtgeber.

Dasselbe ist bei anderen Contractsverhältnissen der Fall, wo von einer unitas personarum gar nicht die Rede sein kann. Der Inhaber einer fremden Sache, die er verkauft, vertauscht hat oder rücksichtlich deren sonst das Eigenthum auf einen Dritten übergegangen ist, wird getäuscht und durch diese Täuschung bewogen, die Sache dem Betrüger auszuantworten. Ist die Täuschung eine solche gewesen, bei der dem Inhaber eine Verschuldung nicht angerechnet werden kann, so ist er auch dem Eigenthümer nicht Ersatz schuldig. Der Getäuschte ist daher auch in diesen Fällen nicht der Beschädigte. Derartige Fälle, wie die vorstehend angedeuteten, kommen in der Praxis öfters vor. Es würde zu weit führen, wollte man hier auf alle Fälle näher eingehen, wo nach den Grundsätzen des Civilrechtes der Getäuschte nicht der Beschädigte zugleich ist. Dieß wird stets nach den vorliegenden Umständen von dem erkennenden Richter zu beurtheilen und sodann zu entscheiden sein, ob der gegebene Fall unter die im Art. 284. des Strafgesetzbuches enthaltenen Vorschriften zu subsumiren sei. Es giebt ferner auch Fälle, bei welchen irgend ein Contractsverhältniß zwischen dem Getäuschten und dem Benachtheiligten gar nicht vorhanden ist und wo von einer Ersatzpflicht des Ersteren gegen den Letzteren gar nicht die Rede sein kann. Es producirt zum Beispiel der A. in gewinnsüchtiger Absicht ächte Urkunden, die jedoch materiell keine Gültigkeit mehr haben, bei dem competenten Richter des B., um Zahlungsauflagen oder Wechselcaptur zu erlangen. Der Richter, der nur die Form der Urkunde zu prüfen hat, fügt den Anträgen des A. und der B. muß, obgleich er solches dem in materieller Beziehung getäuschten Richter vorstellt, obgleich ihm das wahre Sachverhältniß bekannt ist, wenn er seine Einwendungen und Ausflüchte nicht sofort bescheinigen kann, wenigstens einstweilen Zahlung leisten. In derartigen Fällen geht die Absicht des A. wohl dahin, den B. zu bevortheilen, nicht aber, ihn zu täuschen. Es benutzt z. B. der A. die noch in seiner Hand befindliche ächte Urkunde oder den Wechsel, der nur zufällig wiederum in seine Hände gekommen sein kann, um den B. zu zwingen, nochmals Zahlung zu leisten, in der Hoffnung, der B. werde später gegen ihn die Ausflucht der Zahlung nicht darthun können. Der Betrug, die Täuschung besteht darin, daß der A. noch vor Einleitung des Processes dem Richter die Wahrheit verschweigt, die materielle Ungültigkeit der

Urkunde oder des Wechsels, und den Richter durch die wahrheitswidrige wissentliche Behauptung, die ächte, früher auch materiell gültig gewesene Urkunde oder der Wechsel sei noch in voller Kraft, zur Erlassung der Zahlungsauflage, zur Einleitung des Wechselprocesses bewegt. Hierin liegt die Vorspiegelung einer unwahren Thatsache, der Gültigkeit der Urkunde oder des Wechsels, dem Richter, nicht dem B. gegenüber, der das wahre Sachverhältniß kennt. In solchen Fällen trifft den Richter auch nicht die geringste Schuld, er ist der Getäuschte, nicht aber der Beschädigte, sondern der B. Wer aber wissentlich von einer ächten, jedoch ungültigen Urkunde in gewinnsüchtiger Absicht Gebrauch macht und sich hierdurch einen rechtswidrigen Vermögensvortheil verschafft, möchte, wenn ihm nachgewiesen werden kann, daß er gleich anfänglich von der Ungültigkeit der Urkunde und seiner ganzen Ansprüche überzeugt gewesen ist, wohl nicht mit Unrecht als Betrüger in Strafe zu nehmen sein.

Auf alle die vorstehend angedeuteten Fälle leidet die im Art. 284. enthaltene Begriffsbestimmung des Betrugs keine Anwendung, weil in diesen Fällen der Getäuschte nicht zugleich der Benachtheiligte ist. Es scheint deshalb, daß in der angegebenen Beziehung dem Begriffe des Betruges im Art. 284. etwas zu enge Grenzen gesetzt worden sind. Die Erweiterung dieser Grenzen ist um so wünschenswerther, als auf solche Fälle, wie die vorstehend angedeuteten, auch die im Art. 330. enthaltenen Vorschriften nur gezwungen Anwendung finden können. Bei Gelegenheit der Beleuchtung des für die Auslegung schwierigen Artikels 330. des Strafgesetzbuches wird man später auf diese letzte Behauptung zurückkommen.*)

(Fortsetzung folgt.)

*) Dem Oberappellationsgerichte haben schon wiederholt Fälle zur Entscheidung in zweiter Instanz vorgelegen, wo es die von der entgegengesetzten Ansicht ausgehenden Entscheidungen der ersten Instanz abgeändert hat. In dem einen Falle hatte der Angeklagte eine auf 100 Thlr. lautende Quittung gefälscht, indem er die Zahl 100 in die Zahl 380 umgeändert und diese so gefälschte Quittung beim Proceßrichter producirt hatte. Das Gericht erster Instanz hatte angenommen, daß ein beendigter Versuch eines Betrugs mittelst Fälschung vorliege. Dagegen ging das Oberappellationsgericht von der Ansicht aus, daß der Angeklagte nur wegen Fälschung einer Urkunde nach Art. 311. des St.-G.-B. in Strafe zu nehmen sei, weil nur der Richter, nicht aber zugleich der Gegentheil durch diese Fälschung habe getäuscht werden sollen und können und mithin die Begriffsbestimmung in Art. 284. auf diesen Fall nicht passe.

Miscellen.

(Fortsetzung von Band XIV. Seite 553 flg. und Band XV. S. 261 flg.)

I. Veränderungen.

A. Bei den Ministerien:

Der Lehrer bei Maschinenwesen und Maschinenentwerfen an der polytechnischen Schule zu Dresden Prof. Johann Bernhard **Schneider** ist, unter Belassung seiner ebengedachten Function, als technischer Beirath der III. Abtheilung des Finanzministeriums auftragsweise zugeordnet, der Legationssecretair im Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten Heinrich Wilhelm **von Ehrenstein** zum Legationsrath, der zeitherige Finanzsecretair Carl Allwill Isidor **Götz** zum Geheimen Finanzsecretair, der Regierungsrath im Ministerium des Innern Franz **Susemihl** zum Geheimen Regierungsrath, der Geh. Finanzsecretair Carl Allwill Isidor **Götz** unter Belassung seiner Secretariatsfunction zum Referendar bei dem Finanzministerium, der Referendar bei der Kreisdirection zu Budissin Oswald **von Nostitz-Wallwitz** zum Referendar beim Finanzministerium, der Finanz-Secretair Robert Theodor **Oppelt** zum Geh. Finanz-Secretair ernannt, dem Abtheilungsvorstand im Kriegsministerium Geh. Kriegsrath **Richter** das Prädicat eines Geheimen Raths ertheilt, dem Geheimen Finanzrath Friedrich August **Kuhn** die Versetzung in den Ruhestand mit der gesetzlichen Pension bewilligt, der Oberzollrath Friedrich Moritz **Lehmann** zum Geheimen Finanzrath ernannt, der Supernumerar-Regierungsrath bei der Kreisdirection zu Dresden Dr. Ludwig Robert **Feller** zum Regierungsrath ernannt und als Hülfsrath im Ministerium des Cultus und öffentl. Unterrichts angestellt und der Referendar in gedachtem Ministerium Eduard **Schreyer** zum Supernumerar-Regierungsrath ernannt worden.

B. Beim Oberappellationsgerichte, den Bezirksappellationsgerichten und den Kreisdirectionen:

Dem Referendar Friedrich Emil Robert **Meinhold** bei der K. zu Dresden ist die nachgesuchte Entlassung aus dem Staatsdienste bewilligt, dem Medicinalrath Dr. **Siebenhaar** zu Dresden die Function des medicinischen Beisitzers bei der Kreisdirection zu Dresden übertragen und dem Assessor bei dem Appellationsgericht zu Leipzig Dr. Theodor Leberecht Ernst **Wilhelmi** das Prädicat als „Appellationsrath" verliehen worden.

C. Bei der Zoll- und Steuerdirection:

Der zeitherige Actuar bei dem Hauptsteueramt zu Pirna Gustav Adolph **Wahl** ist zum Referendar bei der Zoll- und Steuerdirection ernannt worden.

D. Bei der Oberpostdirection zu Leipzig:

Der Referendar beim Finanzministerium Gustav **Pfitzmann** ingl. der zeitherige Ober-Post-Commissar Bruno **Keßler** sind zu Ober-Posträthen und Mitgliedern der Oberpostdirection zu Leipzig ernannt worden.

E. Bei dem Oberbergamte.

Der zeitherige Gerichtsrath im Bezirksgericht zu Chemnitz Carl Maximilian Ehregott **Edler von der Planitz** ist zum Oberbergrath und Mitglied des Oberbergamts ernannt worden.

F. Bei den Amtshauptmannschaften:

Der Amtshauptmann Georg **von Winckler** zu Dresden ist auf sein Ansuchen in den Ruhestand versetzt worden.

G. Bei den Königlichen Unterbehörden:

Dem Polizeiassessor Robert **Pickert** in Dresden ist das Dienstprädicat „Polizeirath“ beigelegt, der Actuar beim Bezirksgericht Dresden Detlev Carl Balthasar **Hübler** zum Gerichtsrath bei dem Bezirksgericht Löbau ernannt, der Gerichtsrath beim Bezirksgericht Borna Eduard **Neumann** in gleicher Eigenschaft zum Bezirksgericht Chemnitz versetzt, der zeitherige Actuar beim Bezirksgericht Dresden Benjamin Hermann **Rosenmüller** zum Gerichtsrath beim Bezirksgericht Borna, der zeitherige Gerichtsamtmann zu Waldheim Dr. Ludwig Constantin **Osterloh** zum Gerichtsamtmann bei dem Gerichtsamt Leisnig und die zeitherigen Actuare Eduard Moritz **Erdenberger** beim Gerichtsamt Grimma, Julius Wilhelm **Raabe** beim Gerichtsamt Döhlen und Carl Thilo **Meyer** beim Bezirksgericht Dresden sind zu Gerichtsamtleuten, — **Erdenberger** für das Gerichtsamt Radeburg, **Raabe** für das Gerichtsamt Döhlen und **Meyer** für das Gerichtsamt Waldheim, ernannt worden.

H. Bei Patrimonialgerichten:

Der Advocat Theodor **Siegel** zu Glauchau ist als Verwalter der Freiherrl. von Kotzauischen Gerichte zu Thurm und Oberwiera verpflichtet worden.

II. Ehrenbezeigungen:

Se. Königl. Maj. haben folgende Orden zu verleihen geruht:

1) Das Comthurkreuz II. Classe des Verdienstordens: dem Oberzollrath Major v. d. A. **Adolph von Zeschau**, zeitherigen Inhaber des Ritterkreuzes dieses Ordens;
2) Das Ritterkreuz des Verdienstordens: dem Polizeidirector zu Dresden Ferdinand **von Pflugk**, dem Ministerresidenten am Königl. Großbritannischen Hofe, Kammerherrn Grafen Carl **Vitzthum von Eckstädt**, den Amtshauptleuten Georg Rudolph **von Welck** zu Zwickau und Friedrich Wilhelm **von Oppell** zu Borna und dem Geh. Finanzrath Dr. Carl Gustav **Glöckner**;
3) Das Comthurkreuz II. Classe des Albrechtsordens: dem Stadtrath und Polizeidirector Wilhelm Ferdinand **Stengel** zu Leipzig;
4) Das Ritterkreuz des Albrechtsordens: dem vormaligen Gerichtsschöffer zu Strehla Carl Immanuel **Schreck** und dem Geh. Finanzrath Friedrich August **Kühn**.

Hiernächst haben Se. Königl. Maj. zu genehmigen geruht, daß der Geh. Finanzrath, Major a. D. **Wilke**, das ihm von Sr. Maj. dem König von Bayern verliehene Comthurkreuz des Verdienstordens vom heil. Michael, der Legationssecretair bei der Gesandtschaft zu Paris Curt **von Lüttichau** den ihm von Sr. Maj. dem Kaiser von Rußland verliehenen St. Stanislaus-Orden II. Classe, der außerordentl. Gesandte und Bevollmächtigte Minister am Kaiserl. Französ. Hofe, Kammerherr **von Seebach** den ihm von Sr. Kaiserl. Russischen Majestät verliehenen Weißen Adler-Orden, der Finanzprocurator Carl Gustav **Ackermann** zu Dresden das ihm von Sr. Hoheit dem Herzog von Anhalt-Dessau und Ihren Hoheiten dem Herzog und der Herzogin von Anhalt-Bernburg verliehene Ritterkreuz zweiter Classe des Herzogl. Anhaltinischen Gesammthaus-

Ordens Albrechts des Bären, der Ministerialrath im Ministerium des Königl. Hauses, Geh. Hofrath **Bär** das von Sr. Maj. dem Kaiser von Oesterreich ihm verliehene Comthurkreuz des Franz-Joseph-Ordens, der Canzleirath im Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten Carl August **Zschille** das von Sr. Maj. dem Kaiser von Oesterreich ihm verliehene Ritterkreuz des Franz-Josephs-Ordens, der Staatsminister Freih. **von Beust** und der Staatsminister a. D., Minister des Königl. Hauses **von Zeschau**, das ihnen von Sr. Kaiserl. Königl. Hoheit dem Großherzog von Toskana verliehene Großkreuz, der Rath im Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten **Lemaistre** und der Geh. Legationsrath im Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten **Grüner** das ihnen von Höchstdemselben verliehene Comthurkreuz und der Legationsrath **von Ehrenstein** das ihm von Höchstdemselben verliehene Ritterkreuz des St. Joseph-Ordens, der Consistorialrath, Superintendent, Professor und Domherr Dr. **Großmann** zu Leipzig das ihm verliehene Comthurkreuz II. Cl. des Herzogl. Sachs.-Ernestinischen Hausordens, der Vorstand der Abtheilung für Ackerbau, Gewerbe und Handel im Ministerium des Innern Geh. Rath Dr. **Weinlig** das von Sr. Maj. dem Kaiser der Franzosen ihm verliehene Commandeurkreuz der Ehrenlegion, der Director der Oberrechnungskammer und Director in der ersten Abtheilung des Finanz-Ministeriums, Geheimer Rath Freiherr **von Weissenbach** das von Sr. Hoheit dem Herzog von Sachsen-Coburg und Gotha ihm verliehene Comthurkreuz I. Classe des Herzogl. Sachs.-Ernestinischen Hausordens statt des bisher von ihm getragenen Ritterkreuzes des gedachten Ordens, und das von Sr. Maj. dem Kaiser von Oesterreich ihm verliehene Commandeurkreuz des Leopoldordens, der Vorstand des Finanz-Archivs Hofrath **Zerener** das von Sr. Königl. Hoheit dem Großherzog von Weimar ihm verliehene Ritterkreuz erster Abtheilung des Hausordens der Wachsamkeit oder vom weißen Falken, der Geh. Justizrath Dr. August Otto **Krug** das von Sr. Maj. dem Kaiser der Franzosen ihm verliehene Offizierkreuz der Ehrenlegion und der Bundestags-Gesandte wirkl. Geh. Rath **von Nostitz und Jänckendorf** das ihm von Sr. Niederländischen Majestät verliehene Großkreuz des Großherzogl. Luxemburg'schen Ordens der Eisernen Krone annehmen und tragen.

Ferner haben Se. Königl. Maj. dem Präsidenten des Spruchcollegiums zu Leipzig, Ordinarius der Juristenfacultät, Domherrn und ordentl. Prof. der Rechte Dr. Carl Friedrich **Günther** das Prädicat eines Geheimen Rathes und dem in den Ruhestand versetzten Amtshauptmann **Georg von Winckler** zu Dresden den Charakter als Geheimer Regierungsrath zu verleihen, auch zu gestatten geruht, daß der Adv. Dr. Alexander Otto **Kormann** zu Leipzig den von Sr. Durchlaucht dem Fürsten Heinrich LXVII. Reuß jüngerer Linie ihm verliehenen Character als Hofrath in hiesigen Landen führe.

Endlich sind von der Juristenfacultät zu Leipzig 1) der Geheime Regierungsrath Friedrich Salomon **Lucius**, Director des Königl. Bezirksgerichts zu Leipzig, 2) der Criminalrichter, Ritter 2c. Wilhelm August **Rothe**, stellvertretender Director des Königl. Bezirksgerichts zu Leipzig, 3) der Stadtrichter und Bezirksgerichtsrath Eduard August **Steche** zu Leipzig, 4) der Appellationsrath Karl Magnus **Pöschmann** zu Leipzig, 5) der Justizrath Woldemar Heinrich **Lincke** zu Leipzig, 6) der Justizrath Herrmann **Römisch**, Director des Königl. Bezirksgerichts zu Zittau, 7) der Justizrath Julius Wilhelm **Winzer**, Director des Königl. Bezirksgerichts zu Löbau, von denen die vier Letztgenannten früher Mitglieder des seit dem 1. October 1856 aufgelösten Königl. Spruchcollegiums zu Leipzig gewesen, zu Doctoren der Rechte honoris causa ernannt worden.

III. Todesfälle.

Gestorben im Jahre 1856: Am 13. Juli der Stadtschreiber Carl Julius **Vehse** in Freiberg; am 28. Juli der Gerichtsdirector Advocat Carl Julius **Böhme** in Dresden; am 11. Aug. der Advocat Gotthold Benjamin **Hoffmann**

daselbst; am 14. Aug. der Justitiar bei dem Königl. Gericht zu Döhlen Carl Robert **Unger**; am 29. August der Advocat Dr. Carl Gustav **Schreckenberger** und der Advocat Dr. Ludwig **Puttrich**, Ritter des K. S. Albrechtsordens, zu Leipzig; am 2. September der Advocat und Gerichtsdirector Carl Gottlieb **Rudolph** in Dresden; am 4. September der frühere Oberappellationsrath, Geheimerath Dr. Gottfried Ludwig **Winckler**, Ritter des K. S. V.-O., in Dresden; am 6. September der Advocat Carl Wilhelm **Hasse** in Augustusburg; am 25. September der Gräfl. Schönburg'sche Hofrath und Justizamtmann Dr. Friedrich Wilhelm **Uhlig** zu Dresden; am 26. September der Advocat und Gerichtsdirector Carl Heinrich **Boland** in Dresden; am 29. September der Auditeur a. D. Heinrich **Bernhardi** in Bautzen; am 6. October der Stadtrichter Carl Friedrich **Haase** in Dippoldiswalda; am 7. October der pensionirte Kriegsrath Johann Gottfried **Naumann** in Dresden und der Königliche Gerichtsamtmann Carl August **Hähnel** in Radeburg; am 15. October der Advocat Heinrich Julius **Oehlbey** in Chemnitz; am 17. October der Gerichtsdirector und Advocat Friedrich August **Schmid** in Dresden; am 22. October der Gerichtsdirector und Advocat **Schlesier** in Dresden; am 25. October der Ober-Postrath Gustav **Golz** in Leipzig; am 27. October der Advocat Leopold **Liebich** in Augustusberg bei Nossen; am 4. November der Gerichtsrath Friedrich Otto **Vater** in Dresden; am 18. November der Amtsactuar a. D. Carl Wilhelm **Schmid** in Dresden.

Gestorben im Jahre 1857: am 23. Februar der Gerichtsdirector Advocat Wilhelm Ernst **Krause** in Dresden; am 10. März der Hofrath und Finanzarchivar Friedrich **Zerener**; am 18. März der Generalleutnant und Staatsminister a. D. J. **von Minkwitz**, Ritter des K. S. Hausordens der Rautenkrone, Großkreuz des K. S. V.-O. rc.; am 25. März der Advocat Friedrich Eduard **Pleißner** in Dresden; am 31. März der emeritirte Stadtrichter Dr. Ernst Ludwig **Köhlau**, Ritter des K. S. C.-V.-O., in Wurzen; am 2. April der K. Justitiar a. D. August Friedrich **Müller** in Dresden; am 20. April der Amtsactuar Adalbert **Nehm** in Hartenstein; am 24. April der Geheime Rath Dr. **Held** in Dresden; am 5. Mai der emeritirte Justizamtmann Chr. Gottl. **Erler** in Dresden.

IV. Immatriculationen von Advocaten.

Seit dem Monat April 1856 sind bei dem Justizministerium fernerweit folgende Rechtscandidaten als Advocaten immatriculirt worden, als: Heinrich Otto **Dietrich** zu Pomßen, Carl Heinrich **Müller** zu Zwönitz, Gustav Adolph **Pohlenz**, Carl Theophil **von Hüttner**, Paul Friedrich **von Zahn** und Dr. Tobias Herrmann **Hempel** zu Leipzig, Carl Otto **Herrmann** zu Glauchau, William Alexander **Schmidt** zu Wildenfels, Christian Gottlieb Ehregott **Menzel** zu Zittau, Carl Ernst **von Süßmilch-Hörnig**, Auditeur auf der Festung Königstein, Gottlieb Herrmann **Hesse** zu Lommatzsch. Seit dem Monat December 1856: Friedrich August **Fröhlich**, Bürgermeister zu Lichtenstein, Hugo Constans **Leonhardi**, Adolph Theodor **Prölß**, Karl **Kuhn**, Dr. Heinrich Theodor Alfred **Schreiber** zu Dresden, Richard Clemens **Hösel** zu Zöblitz, Dr. Gotthold Bernhard **Müller**, Karl Wilhelm **Harnisch** und Karl Gottlob **Steinert** zu Chemnitz, Richard Edmund **Werner** zu Rochlitz, Wilhelm Theodor **Bachmann**, Bürgermeister zu Dahlen, Paul Eugen **Förster** und Friedrich Otto **Hütter** zu Pirna, Karl Theodor **Ficker** zu Leisnig, Karl Adolph **Speck**, Herrmann **Pollmächer** und Dr. Friedrich Louis **Bärwinkel** zu Leipzig, Ernst Gustav **Bär** zu Meerane, Paul Rudolph **Adler** zu Lengenfeld.

Register.

A. Alphabetisches Namen- und Orts-Register.*)

(Die römische Zahl bezeichnet den Band, die arabische die Seite.)

I. Namen-Register der in Staats- und Patrimonialämtern angestellten und beförderten und in Ruhestand versetzten Personen.

*) Die aus der Zusammenstellung S. 261 flg. ersichtlichen neueren Anstellungen, Jurisdictionsveränderungen ꝛc. sind hier unberücksichtigt geblieben.

II. Register über die Ortschaften, rücksichtlich welcher Veränderungen in den Verfassungs-, Competenz-, Bezirks- und Parochial-Verhältnissen Statt gefunden haben.

III. Register über erfolgte Advocaten-Immatriculationen.

IV. Register über diejenigen Personen, welchen Ehrenbezeigungen zu Theil geworden sind.

V. Register über Todesfälle.

B. Alphabetisches Sachregister.

A.

B.

E.

H.

L.

M.

T.

V.

W.

Z.

Officin von Bernhard Tauchnitz.

